I. pract.
43 ir

Concursordnung

<36639805390014

<36639805390014

Bayer. Staatsbibliothek

KONKURSORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST DEM EINFÜHRUNGSGESETZ

UND

DEM REICHSGESETZ VOM 21. JULI 1879, BETR. DIE ANFECHTUNG VON RECHTSHANDLUNGEN EINES SCHULDNERS AUSSERHALB DES KONKURSVERFAHRENS.

FÜR DEN PRAKTISCHEN GEBRAUCH ERLÄUTERT

VON

DR. JULIUS PETERSEN,
REICHSGERICHTSRAT IN LEIPZIG

UND

DR. GEORG KLEINFELLER,
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

ZWEITE VOLLSTÄNDIG UMGEARBEITETE AUFLAGE.

FRANKFURT A. M. UND LAHR.
DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG.
1890.

1828

Urteile der Presse.

Es ist selbstverständlich, dass sich in den seit der ersten von Petersen allein herausgegebenen Auflage verflossenen zehn Jahren eine reiche Litteratur und zahlreiche gerichtliche Entscheidungen über den Gegenstand angesammelt haben, welche nun in der zweiten Auflage bis auf die neueste Zeit verwertet sind. Durch Beigabe des der Anfechtung im Konkurse verwandten Gesetzes vom 21. Juli 1879 über die Anfechtung ausserhalb des Konkurses, welches in der ersten Auflage nicht enthalten ist, wird das auch durch solides Papier und gefälligen Druck ausgestattete Werk für den Praktiker um so wertvoller werden.

Annalen der Grossh. Badischen Gerichte, 1889 Nr. 8.

Seit dem Erscheinen der ersten Auflage (1878) haben sich Wissenschaft und Praxis mit der Konkursordnung befasst und hat sich ein überreicher Stoff in andern Kommentaren, Lehrbüchern, Abhandlungen und in den Entscheidungen der Gerichte angehäuft. Zählen doch die Verfasser 55 Abhandlungen, Lehrbücher und Kommentare sowie 38 Zeitschriften auf, welche sie berücksichtigen mussten. Dieses grosse Material ist sorgfältig und kritisch verwertet und bei den einschlagenden Fragen mitgeteilt, so dass man sich bei jeder über den gegenwärtigen Stand der Theorie und Praxis vollkommen und zuverlässig unterrichten kann. Bei der Menge der Streitfragen, zu welchen das Gesetz den Anlass gegeben hat, ist diese Unterweisung ein dringendes Bedürfnis. Der Kommentar beschränkt sich aber keineswegs auf diese Mitteilung, sondern die Herren Verfasser haben zu allen Fragen selbständig Stellung genommen und sind in vielen Punkten zu neuen Ergebnissen gelangt, welche wissenschaftlich und scharfsinnig begründet sind und künftighin auf die Rechtsprechung nicht ohne bestimmenden Einfluss sein werden. Die meisten Ausführungen haben gar nicht den Charakter der gewöhnlichen Kommentare, sondern erscheinen als selbständige wissenschaftliche Abhandlungen. Es sei beispielsweise auf die Ausführungen S. 30 ff. über die rechtliche Stellung des Konkursverwalters, insbesondere aber auf die Lehre von der Anfechtung S. 86 ff. verwiesen. Bezüglich der bestrittenen Frage über die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruches gelangen die Verfasser gegenüber den bisherigen fünf verschiedenen Systemen zu einem neuen, das wegen seiner juristischen Klarheit voraussichtlich zahlreiche Anhänger finden wird. Der Anfechtungsanspruch ist danach ein Rückforderungsanspruch wegen ungerechtfertigter Benachteiligung, welchen das Gesetz den Rückforderungsansprüchen wegen ungerechtfertigter Bereicherung an die Seite gestellt hat. Die Benachteiligung erscheint als ungerechtfertigt: entweder weil sie vom Gemeinschuldner beabsichtigt wurde, oder mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme der Rechtshandlung oder mit Rücksicht auf diesen Zeitpunkt und den Mangel eines Anspruches oder endlich mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme und die Unentgeltlichkeit. Nach dem Angedeuteten findet derjenige, welcher zur wissenschaftlichen und richterlichen Handhabung der Konkursordnung berufen ist, in dem angekündigten Werke das vollständige in Theorie und Praxis herausgebildete Material, und zwar nicht lose und bloss mechanisch zusammengestellt, sondern in selbständiger Weiterbildung und daher vielseitige Anregung gewährend. Aber auch derjenige, welcher sich bloss über den Stand einer Frage behufs Einrichtung seines geschäftlichen Verhaltens informieren will, findet in dem Buche jede gewünschte Auskunft in klarer, fasslicher Deutlichkeit. Davon, dass diese warme Empfehlung des bedeutenden Werkes eine vollkommen gerechtfertigte sei, wird jeder sich überzeugen, welcher es benutzt.

Dr. Dreyer, Reichsgerichtsrat, im Frankfurter Journal 1888 Nr. 96.

Wir haben schon beim Erscheinen des ersten Heftes auf die bedeutsame Arbeit aufmerksam gemacht. Das Werk wird ein notwendiges Inventar des juristischen Büchertisches bilden.

Litterarische Mitteilungen, München, 1889 Nr. 2.

KONKURSORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH.

KONKURSORDNUNG

FÜR DAS

DEUTSCHE REICH

NEBST DEM EINFÜHRUNGSGESETZ

UND

DEM REICHSGESETZ VOM 21. JULI 1879, BETR. DIE ANFECHTUNG VON RECHTSHANDLUNGEN EINES SCHULDNERS AUSSERHALB DES KONKURSVERFAHRENS.

FÜR DEN PRAKTISCHEN GEBRAUCH ERLÄUTERT

VON

DR. JULIUS PETERSEN,
REICHSGERICHTSRAT IN LEIPZIG

UND

DR. GEORG KLEINFELLER,
PRIVATDOZENT AN DER UNIVERSITÄT MÜNCHEN.

ZWEITE VOLLSTÄNDIG UMGEARBEITETE AUFLAGE.

FRANKFURT A. M. UND LAHR.
DRUCK UND VERLAG VON MORITZ SCHAUENBURG.
1890.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorwort.

Die Erläuterungen der Verfasser sind vorzugsweise auf die Bedürfnisse der Praxis berechnet. Diesen entsprechen systematische Lehrbücher, so gross auch deren Nutzen sonst ist, in der Regel nicht in vollem Masse. In solchen Werken fehlt der Wortlaut des Gesetzes, auf den es bei der Anwendung des Rechtes in erster Linie ankommt. Ausserdem liegt den Lehrbüchern in der Regel ein anderes System als das im Gesetzbuche befolgte zu Grunde, während sich der Praktiker gerade in dieses recht einleben will und soll. Endlich kann in rein systematischen Darstellungen den einzelnen Streitfragen meist nur wenig Raum gewidmet werden. Auch der Praxis ist aber schliesslich mit blossen Repertorien oder Nachschlagebüchern wenig gedient und es liegt keineswegs in der Natur der Sache, dass die Kommentare nur im einzelnen Falle zum Nachschlagen dienen können, zum eigentlichen Studium dagegen ein systematisches Lehrbuch oder Handbuch benutzt werden muss. Es ist vielmehr sicher ein Bedürfnis nach solchen Büchern vorhanden, welche den Bedürfnissen der Praxis entsprechen, aber zugleich ein zusammenhängendes und eingehendes Studium der Gesetzbücher ermöglichen und thunlichst erleichtern. Schon bei der ersten Auflage dieses Buches war die Auffassung massgebend, dass diesem Bedürfnisse umsomehr entsprochen werde, je systematischer die Darstellung geordnet sei. An dieser Auffassung ist auch bei der zweiten Auflage von den Verfassern festgehalten worden. Werden die Erläuterungen in mehr oder weniger unzusammenhängender Weise an die einzelnen Vorschriften des Gesetzbuches angehängt, so wird das Studium insbesondere bezüglich der umfangreichern Materien sehr anstrengend, ja manchmal geradezu peinlich. Diese Anstrengung ist aber nicht mit einer bessern Einprägung des Stoffes verbunden. Vielmehr wird gerade diese umsomehr erschwert, je weniger die Darstellung systematisch geordnet ist. Deshalb wurde danach gestrebt, den Stoff, soweit es innerhalb der durch die Kommentarform gesteckten Grenzen möglich war, thunlichst nach allgemeinen Gesichtspunkten zu verteilen und eine zusammenhängende und übersichtliche Darstellung zu geben. Es wurde versucht, die Vorteile eines systematisch angelegten Lehr- oder Handbuches, soweit dies erreichbar ist, mit denen des Kommentars zu verbinden, durch welchen das Gesetzbuch selbst erläutert wird, und so die der letztern Behandlungsweise anklebenden Mängel auf ein möglichst geringes Mass herabzudrücken.

Bei der zweiten Auflage, an welcher sich die beiden Verfasser in gleichem Umfange beteiligt haben, derart, dass jeder den ganzen Stoff durchgearbeitet hat, wurde die inzwischen erwachsene sehr umfangreiche Litteratur sowie die Rechtsprechung, insbesondere diejenige des Reichsgerichtes, in ihrem vollen Umfange benützt. Die nach der Bearbeitung veröffentlichten weitern Abhandlungen und Urteile sind in den bis Mitte November 1889 fortgeführten Nachträgen berücksichtigt worden. Die früher in erheblichem Umfange wortgetreu mitgeteilten Auszüge aus den Motiven wurden fast durchweg beseitigt, da die in denselben enthaltenen Auslegungsbehelfe nun nicht mehr in erster Linie stehen und für die Ausführungen der Verfasser mehr Raum gewonnen werden musste. Doch ist auf die Motive und Kommissionsverhandlungen überall da verwiesen worden, wo deren Benutzung für die Auslegung des Gesetzes dienliche Anhaltspunkte gewährt. Auch jetzt waren die Verfasser bestrebt, eine möglichst vollständige Übersicht über die ganze Litteratur und den Stand der einzelnen Streitfragen zu geben. Sie haben sich aber auch beide bemüht, die Anwendung des Gesetzes durch selbständige wissenschaftliche Ausführungen zu erleichtern. Die zweite Auflage des Werkes durfte als eine vollständig umgearbeitete bezeichnet werden. Ja, sie enthält in vielen Teilen eine ganz neue Bearbeitung. Das Anfechtungsgesetz wurde in derselben Weise wie die Konkursordnung selbst erläutert. Auch ist den in der letztern enthaltenen Strafbestimmungen die gleiche Sorgfalt zugewendet worden, wie den übrigen Bestimmungen.

Inhaltsübersicht.

Seite.

Einleitung . IX—XV
Abkürzungen . XVII—XX

I. Konkursordnung.

Erstes Buch.

Konkursrecht.

Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen. §§ 1—14 1—57
Zweiter Titel: Erfüllung der Rechtsgeschäfte. §§ 15—21 58—86
Dritter Titel: Anfechtung. §§ 22—34 86—169
Vierter Titel: Aussonderung. §§ 35—38 169—200
Fünfter Titel: Absonderung. §§ 39—45 200—238
Sechster Titel: Aufrechnung. §§ 46—49 238—254
Siebenter Titel: Massegläubiger. §§ 50—53 254—268
Achter Titel: Konkursgläubiger. §§ 54—63 269—304

Zweites Buch.

Konkursverfahren.

Erster Titel: Allgemeine Bestimmungen. §§ 64—93 304—365
Zweiter Titel: Eröffnungsverfahren. §§ 94—106 365—388
Dritter Titel: Teilungsmasse. §§ 107—125 388—425
Vierter Titel: Schuldenmasse. §§ 126—136 425—462
Fünfter Titel: Verteilung. §§ 137—159 463—497
Sechster Titel: Zwangsvergleich. §§ 160—187 497—547
Siebenter Titel: Einstellung des Verfahrens. §§ 188—192 547—554
Achter Titel: Besondere Bestimmungen. §§ 193—208 554—577

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.

§§ 209—214 577—619

II. Einführungsgesetz zur Konkursordnung.

Seite.
§§ 1—17 . 621—639

III. Reichsgesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens.

§§ 1—14 . 641—685

Nachträge zur Konkursordnung und zum Anfechtungsgesetze 687—701
Sachregister . 703—716
Berichtigungen 716

Einleitung.

I. Entstehungsgeschichte.

Das Bedürfnis nach Rechtseinheit hat sich fast auf keinem Gebiete so mächtig geltend gemacht als bezüglich des Konkursverfahrens, hinsichtlich dessen in den einzelnen Staaten die verschiedenartigsten Bestimmungen bestanden.[1]) Es wurde deshalb seit langer Zeit insbesondere vom Handelsstande eine einheitliche Regelung der Materie verlangt. Demgemäss war schon bei der Aufstellung des Entwurfes zum deutschen Handelsgesetzbuche und bei der Beratung desselben erwogen worden, ob nicht Bestimmungen über den Konkurs in das Gesetzbuch aufgenommen werden sollten. Der preussische Entwurf enthielt in seinem fünften Buche eingehende Vorschriften über das „Falliment". Von der Kommission, welche mit der Entwerfung des Handelsgesetzbuches beauftragt war, wurde jedoch auf die Beratung dieses sowie des sechsten, die Gerichtsbarkeit in Handelssachen betreffenden, Buches nicht eingegangen, weil die Bestimmungen des Entwurfes zunächst auf den preussischen Staat berechnet und deshalb nicht vollständig und erschöpfend genug seien, auch keine Aussicht bestehe, ohne gleichzeitige Vereinbarung eines gemeinschaftlichen Verfahrens und einer einheitlichen Organisation der Handelsgerichte zu einer Einigung über den Inhalt des Entwurfes zu gelangen. Mit Rücksicht darauf zog die preussische Regierung ihren ursprünglichen Entwurf zurück und ersetzte denselben durch einen andern Vorschlag, welcher nur einige Hauptgrundsätze enthielt und insbesondere die Voraussetzungen und Folgen einer Fallimentserklärung hinsichtlich der Kaufleute regeln sollte. Aber auch auf diesen neuen Vorschlag ging die Kommission nicht ein, weil er noch weniger als der frühere Entwurf geeignet sei, den Anforderungen des Handelsstandes, der eine einheitliche und vollständige Regelung des kaufmännischen Konkursrechtes und Konkursverfahrens erwarte, zu entsprechen.

Im Norddeutschen Bunde wurde bald nach dem Beginne der Vorarbeiten für eine deutsche Civil- und eine Strafprozessordnung auch eine Konkursordnung für das ganze Bundesgebiet in Aussicht genommen. Am 21. Februar 1870 beschloss der Bundesrat, den Bundeskanzler zu ersuchen, den Entwurf einer einheitlichen Konkursordnung für den Norddeutschen Bund ausarbeiten zu lassen, und dieser ersuchte darauf den preussischen Justizminister, für die Ausarbeitung zu sorgen. Zufolge dieser Beschlüsse wurde im preussischen Justizministerium auf der Grundlage der preussischen Konkursordnung ein Entwurf zu einer „deutschen Gemeinschuldordnung" festgestellt. Als derselbe beendigt war, hatten sich aber die Verhältnisse insofern geändert, als inzwischen das Deutsche Reich gegründet

[1]) In dem Anlagenband, welcher den Motiven zum Entwurfe der Konkursordnung beigefügt ist, sind in Anlage I. die Quellen des in Deutschland geltenden Konkursrechtes vollständig dargestellt. Die Anlagen II. und III. enthalten das englische und das in den Vereinigten Staaten von Nordamerika geltende Recht.

worden war. Im November 1873 wurde der Entwurf vom Reichskanzler den Bundesregierungen mitgeteilt und gleichzeitig durch den Buchhandel (Verlag von Decker in Berlin) veröffentlicht. Am 21. Dezember 1873 beschloss der Bundesrat, dass der Entwurf einer Vorberatung durch eine besondere, aus acht angesehenen Juristen und drei angesehenen Vertretern des Handelsstandes gebildete, Kommission unterstellt werden solle und es wurden zu Mitgliedern dieser Kommission folgende Personen gewählt: 1) Albrecht, Präses des Handelsgerichtes in Hamburg; 2) von Amsberg, Oberappellationsgerichtsrat in Rostock; 3) Förster, Geh. Oberjustizrat in Berlin; 4) Harrasowitz, Geh. Justizrat und Stadtgerichtsdirektor in Berlin; 5) von Kohlhaas, Obertribunalsrat in Stuttgart; 6) Makower, Rechtsanwalt in Berlin; 7) von Neumayr, Präsident des obersten Gerichtshofes in München; 8) Schmitt, Rat an diesem Gerichtshofe und Referent im bayer. Justizministerium; 9) Paul Bassenge, stellv. Vorsitzender der Handelskammer in Leipzig; 10) Franz Schütte, Mitglied der Handelskammer in Bremen, und 11) der Geh. Kommerzienrat Robert Warschauer, Bankier in Berlin. Als Schriftführer wurden der Kommission Stadtgerichtsrat Hagens in Berlin und Landgerichtsrat Lingen in Elberfeld beigegeben. Von dieser Kommission, welche am 16. März 1874 in Berlin zusammentrat und ihre Arbeit am 31. Juli d. J. beendigt hatte, wurde der ihr vorgelegte Entwurf in drei Lesungen, welche 73 Sitzungen beanspruchten, durchberaten und es wurde so der Entwurf zu einer „deutschen Konkursordnung“ festgestellt, der sich in der Anlage und den Grundzügen ganz an den ersten Entwurf anschloss, im einzelnen aber sowohl bezüglich der Anordnung und Fassung als in Beziehung auf die aufgestellten Rechtssätze zahlreiche Änderungen desselben enthielt.[1]) Dieser Kommissionsentwurf wurde vom Bundesrate durchberaten, der noch einige sachliche und auf die Fassung bezügliche Änderungen beschloss und sodann am 21. Januar 1875 dem Reichstage vorgelegt, in welchem er während der folgenden Session am 4. November 1875 zur ersten Lesung gelangte. Vom Reichstage wurde derselbe an eine Kommission von 14 Mitgliedern verwiesen, welche aus den Abgeordneten Ausfeld, Frankenburger, Dr. Goldschmidt, Grütering, Haanen, Hullmann, Kochann, Mosle, Dr. von Sarwey, Schröder (Lippstadt), Dr. Websky, von Woedtke, von Vahl und Wölfel bestand. Für die ausscheidenden Mitglieder Frankenburger und Mosle traten Dr. Zimmermann und Möring ein. Die Kommission wählte als Vorsitzenden Dr. von Sarwey, als dessen Stellvertreter Dr. Goldschmidt. Als Protokollführer waren die Assessoren Dr. Schreber, Dr. Seuffert und Sydow, welche auch in der Justizkommission das Protokoll führten, thätig. Als Regierungskommissäre nahmen an den Beratungen der Kommission teil: der Direktor im Reichskanzleramte, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat von Amsberg, der preuss. Geh. Oberjustizrat Hertz, Regierungsrat Hagens (später vortragender Rat im Reichsjustizamte) und der bayer. Appellationsgerichtsrat Dr. Hauser. Die Kommission, welche ebenso wie die mit der Beratung der Civilprozessordnung, Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes beauftragte „Justizkommission“ durch das Gesetz vom 1. Februar 1876 ermächtigt wurde, ihre Verhandlungen nach dem Schlusse der Reichstagssession fortzusetzen, entledigte sich ihrer Aufgabe in 27 Sitzungen in der Zeit vom 4. November 1875 bis 4. Februar 1876 und vom 18. Mai bis 26. Mai 1876. Die von der Kommission beschlossenen Änderungen sind nicht sehr zahlreich und beziehen sich meist nur auf die Fassung. Im Reichstage wurde durch den Abgeordneten von Vahl über den Kommissionsentwurf mündlich Bericht erstattet und wurde derselbe in zweiter und in dritter Lesung einstimmig im ganzen angenommen.

Für die Auslegung der Konkursordnung kommen, soweit die Gesetzgebungsverhandlungen in Frage stehen, vor allem die Motive zur Konkursordnung in Betracht, welche mit denen zum Entwurfe einer deutschen Gemeinschuldordnung im allgemeinen übereinstimmen,

[1]) Diese Darstellung ist dem Vorworte zu den Motiven entnommen, in welchem noch (auf S. 4) die wenigen vom Bundesrate beschlossenen Änderungen aufgezählt sind.

sodann die Protokolle der Reichstagskommissionen insbesondere die sogenannten authentischen Interpretationen.

II. Leitende Grundsätze.

Die Grundlage des Entwurfes bildete, wie bereits hervorgehoben wurde, die preussische Konkursordnung vom 8. Mai 1855, welche ihrerseits aus einer „Verarbeitung des gemeinen deutschen und des französischen Rechtes“ hervorgegangen ist. (M. S. 8.) Diese Grundlage wurde aber nur im allgemeinen festgehalten. Die Konkursordnung ist deshalb nicht als eine blosse Überarbeitung des preussischen Gesetzbuches sondern, namentlich auch bezüglich der Anordnung und der Fassung der einzelnen §§, als ein selbständiges Werk anzusehen. Materiell unterscheidet sich das neue Gesetzbuch von der preussischen Konkursordnung in vielen Punkten, von denen hier nur die Beseitigung des Unterschiedes zwischen kaufmännischem und gemeinem Konkurse, die freiere Stellung des Konkursverwalters und der Gläubiger gegenüber dem Gerichte, die Behandlung der Absonderungsberechtigten und die Regelung des Verteilungsverfahrens hervorgehoben werden soll.

Die Grundgedanken, von welchen bei der Regelung der einzelnen Materien ausgegangen wurde, hier in erschöpfender Weise darzulegen, erscheint weder als angemessen noch als ausführbar. Vielmehr muss diese Darlegung der Erläuterung im einzelnen vorbehalten bleiben. Den grössern Abschnitten sind übrigens regelmässig allgemeine Vorbemerkungen vorausgeschickt worden, welche die Grundgedanken des Gesetzes erläutern. Hier soll die Aufgabe, welche die Konkursordnung sich gestellt hat, und die Art und Weise, in welcher die Lösung derselben erstrebt worden ist, nur in ganz allgemeiner Weise gekennzeichnet werden:

1) Durch die Konkursordnung wird nicht bloss das eigentliche Konkursverfahren, von welchem das zweite Buch handelt, sondern auch das Konkursrecht, das den Gegenstand des ersten Buches bildet, in einheitlicher und erschöpfender Weise geregelt. Hiezu entschloss man sich sowohl mit Rücksicht auf die Schwierigkeit, eine überall klare und scharfe Grenze zwischen sogen. materiellem und formellem Rechte zu finden, als auch mit Rücksicht darauf, dass nur auf diesem Wege ein befriedigendes Ergebnis zu erwarten sei. (M. S. 6.) Nur soweit eine einheitliche Regelung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des bürgerlichen Rechtes als unausführbar erschien, wurde auf die Landesgesetzgebung verwiesen. (Vgl. die §§ 20, 39, 43, 45, 116 und 180 K.-O. und die §§ 5—7 des E.-G.)

2) Nach der Konkursordnung ist die Konkurseröffnung nicht bloss, wie nach französischem Rechte, bei Kaufleuten möglich. Vielmehr unterliegen derselben, wie es in Deutschland, mit Ausnahme der Länder des rheinischen Rechtes, immer der Fall war und nach allen neuern Konkursordnungen, namentlich nach der neuern englischen und nordamerikanischen Gesetzgebung, der Fall ist, auch Nichtkaufleute. Es wurde aber auch die in mancher Gesetzgebung, insbesondere in der preussischen Konkursordnung, hergebrachte Unterscheidung zwischen „kaufmännischem“ und „gemeinem“ Konkurse ganz aufgegeben. Hienach gelten — abgesehen von einzelnen Strafbestimmungen, welche nur auf Kaufleute berechnet sind (§ 209 Z. 3 und 4 und § 210 Z. 2 und 3) — alle Vorschriften der Konkursordnung in gleicher Weise für Kaufleute wie für Nichtkaufleute. Die Gründe zur Beseitigung der angeführten Beschränkung und der Scheidung des Verfahrens je nach dem Stande des Gemeinschuldners wurden in den Motiven (S. 10—12) ausführlich dargelegt.

3) Damit das Konkursverfahren eröffnet werden kann, wird im allgemeinen nicht der Nachweis einer Überschuldung oder Vermögensunzulänglichkeit (Ausnahmen finden sich in den §§ 193 und 203) verlangt und ebensowenig genügt ein solcher. Es wird vielmehr regelmässig vorausgesetzt, dass sich der Schuldner im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befinde, welche insbesondere dann anzunehmen ist, wenn eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat. (Vgl. Bem. I. und II. zu § 94.)

4) Nach der Konkursordnung erscheint das Konkursverfahren nicht als ein Prozess sondern als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung zwischen dem zahlungsunfähig gewordenen Schuldner und dessen Gläubigern, welche mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma verglichen wird. (M. S. 9 und 10, Bem. 1 zu § 65 S. 307, 308.)[1]) Zur Befriedigung der Gläubiger dient hiebei das gesamte der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Schuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört. Dagegen bildet das nach der Konkurseröffnung erworbene oder angefallene Vermögen einen Bestandteil der Konkursmasse nicht. (§ 1.) Andererseits nehmen an dieser Auseinandersetzung nur die „Konkursgläubiger", d. h. diejenigen persönlichen Gläubiger teil, welche einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben. (§ 2.) Rechte, welche ein Dritter schon vor der Konkurseröffnung bezüglich einzelner in der Masse befindlicher Gegenstände erworben hatte, mögen sie auf Aussonderung der nicht zur Masse gehörenden Gegenstände aus derselben (separatio ex jure dominii des gemeinen Rechtes) oder auf Absonderung von Gegenständen zum Zwecke der Befriedigung von Pfandgläubigern u. s. w. (Separatisten ex jure crediti) gerichtet sein, werden durch das Konkursverfahren grundsätzlich nicht berührt. Vielmehr haben die Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten ihre Ansprüche unabhängig vom Konkursverfahren geltend zu machen. (Bem. I. und II. zu § 3 und Vorbem. 1 zu §§ 35 ff.) Die Absonderungsberechtigten sind jedoch verpflichtet, von den in ihrem Besitze befindlichen, zur Masse gehörigen, Gegenständen Anzeige zu machen und müssen sich deren Abschätzung und Zwangsveräusserung gefallen lassen. (§§ 110, 116, 117.) Soweit dieselben ungeachtet der abgesonderten Befriedigung noch Gläubiger bleiben, können sie ihre Ausfallsforderung im Konkursverfahren geltend machen, sind aber in dieser Beziehung gewissen Beschränkungen unterworfen. (§§ 57 und 141.) Bezüglich der Konkursgläubiger gilt im allgemeinen der Grundsatz, dass dieselben einen Anspruch auf gleichmässige Befriedigung haben. Für eine kleine Zahl von Forderungen ist jedoch (in § 54) ein Vorrecht beibehalten worden.

5) Während die gemeinrechtliche Lehre von dem Grundsatze beherrscht war, dass das Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners zum Zwecke der Berichtigung seiner Verbindlichkeiten auf die Gesamtheit der Gläubiger übergehe, findet nach der Konkursordnung ein solcher Vermögensübergang nicht statt. Der Gemeinschuldner verliert zwar zufolge der Konkurseröffnung die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten sowie über dasselbe zu verfügen und es geht diese Befugnis auf den Konkursverwalter über, der als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. (§ 5.) Auch sind die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche derselbe nach der Konkurseröffnung in Beziehung auf die Konkursmasse vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. (§ 6.) Aber der Gemeinschuldner bleibt deshalb doch Eigentümer der zur Konkursmasse gehörigen Sachen und Träger der übrigen Vermögensrechte. Auch wird dessen Handlungsfähigkeit durch den Konkurs nicht aufgehoben. Vielmehr kann er, soweit dadurch die Konkursmasse nicht berührt wird, Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen sowie klagen und verklagt werden. (Bem. I. 2 und II. 1 zu § 5.)

Was die Gläubiger anbelangt, so ist der Konkursordnung die Auffassung fremd, dass diese, als eine Gesamtheit betrachtet (die „Gläubigerschaft"), eine juristische Person, Gesellschaft oder Gemeinschaft bilden. Vielmehr stehen dieselben dem Gemeinschuldner als einzelne Personen gegenüber. (Bem. I. 2 zu § 2.) Aber auch als einzelne erlangen die Gläubiger ein dingliches Recht an der Masse, insbesondere ein Pfandrecht, nicht. Die Pfandrechtstheorie war zu der Zeit, in welcher die Erläuterung der betr. Vorschriften erfolgte, in den Motiven (S. 15, 16) verworfen und in der Wissenschaft nicht mehr vertreten worden, so dass keine Veranlassung bestand, dieselbe in den Erläuterungen zu den §§ 2 und 5 ausführlich zu besprechen. (Vgl. Bem. I. 2 zu § 2 S. 16; Bem. I. 1 zu § 5 S. 28.) In

[1]) Vgl. noch Fischer in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 422.

neuerer Zeit hat diese Lehre jedoch durch das Buch von Lothar Seuffert: „Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrechts“ eine neue und umfassende wissenschaftliche Begründung erfahren. Mit Rücksicht auf den wissenschaftlichen Wert dieses Buches, welches nur noch während der Korrektur berücksichtigt werden konnte (S. 16 Anm. 3), erschien es als angemessen, an dieser Stelle auf seinen Grundgedanken näher einzugehen. Die geschichtliche Entwickelung des Konkursrechtes darf jedoch hier übergangen werden, weil, wenn gezeigt werden kann, dass der Inhalt der geltenden Konkursordnung mit der Pfandrechtstheorie unvereinbar ist, das frühere Recht keine Bedeutung mehr hat.[1])

Vor allem erscheint es als auffällig, dass die Konkursordnung, welche sich sonst gegen Generalhypotheken ganz ablehnend verhalten hat (Vorb. 2 zu §§ 39 ff. S. 201), stillschweigend selbst eine Generalhypothek eingeführt haben soll. Doch ist darauf kein erhebliches Gewicht zu legen, da die Konkursordnung nur Generalhypotheken zugunsten einzelner Gläubiger abschaffen konnte und die Annahme möglich wäre, dass jene gerade deshalb aufgehoben werden sollten, weil die Konkursordnung selbst eine Generalhypothek zugunsten aller Gläubiger anerkennen wollte. Ernstere Bedenken erregt die Frage nach der Art der Begründung und nach dem Umfange des sog. Konkurspfandrechtes. Dasselbe müsste durch die Konkurseröffnung und die sich hieran knüpfende Beschlagnahme (Bem. I. 1 zu § 5 S. 28) entstehen. Da in diesem Augenblicke noch ungewiss ist, wer sich am Konkursverfahren beteiligen werde, so müsste es zugunsten aller Gläubiger begründet werden. Die Annahme einer unbedingten Begründung zugunsten aller Gläubiger ist jedoch unvereinbar mit dem Rechtssatze, dass nur angemeldete und festgestellte Forderungen bei der Verteilung berücksichtigt werden. (§§ 129 ff.) Man ist daher zu der Annahme genötigt, dass das Pfandrecht nur unter der aufschiebenden Bedingung der nachträglichen Anmeldung und Feststellung der Forderung gewährt werde. Aber auch in dieser Form stösst die Pfandrechtstheorie noch auf unüberwindliche Schwierigkeiten. In der Konkursordnung ist zweifellos der Grundsatz befolgt worden, dass die Konkursgläubiger nicht von Amts wegen sondern nur auf Antrag befriedigt werden; hierauf beruht der Rechtssatz, dass die Konkurseröffnung nur auf Antrag erfolgt und dass die Berücksichtigung bei Verteilungen durch Anmeldung bedingt ist; ein Bruch mit einem solchen Hauptsatze des ganzen Konkursrechtes in einer einzelnen Beziehung ist nicht zu vermuten, sondern müsste ausdrücklich ausgesprochen sein, damit er bei der Auslegung des Gesetzes angenommen werden könnte. Ein solcher Bruch mit dem obigen Grundsatze würde aber in der Annahme liegen, dass die Konkurseröffnung stillschweigend ein Generalpfandrecht, also eine Sicherung in privatrechtlicher Form zugunsten aller Gläubiger, begründet; die Anmeldung, welche übrigens immer erst nach der Konkurseröffnung möglich ist, also der Sicherung nachfolgen würde, enthält nur das Verlangen nach Befriedigung, nicht das nach Sicherstellung.

Ein weiteres Bedenken ergiebt die Frage, wie es sich erklären soll, dass die Massegläubiger, zu deren Gunsten das Pfandrecht nicht eintritt, doch den dinglich gesicherten Konkursgläubigern bei der Befriedigung vorgehen. In dieser Beziehung muss man entweder ein zweifaches Pfandrecht annehmen oder unterstellen, dass das Konkurspfandrecht die Masse nur ergreife, soweit dieselbe nicht zur Befriedigung der Massegläubiger dient. Letzterer Ausweg würde aber die Schwierigkeit bestehen lassen, dass die nicht gesicherten Masseforderungen den gesicherten Konkursforderungen vorgehen, und für erstere Annahme fehlt jeder Anhaltspunkt. Ferner ist die Pfandrechtstheorie nicht vereinbar mit den Sätzen der §§ 6 und 11 der K.-O. Wenn der Konkursverwalter bei der Bildung der Masse und dem Zugriffe auf die einzelnen Bestandteile derselben ein Pfandrecht der Gläubiger geltend machen könnte, so wäre § 6 überflüssig, denn alsdann hätte er gegenüber nachträglichen

[1]) Bezüglich der Geschichte ist zu vergleichen: Endemann in Buschs Zeitschr. Bd. XII. S. 91, 92 und 517 ff.

Veräusserungen des Gemeinschuldners das Recht, die veräusserten Sachen mit der Pfandklage zurückzufordern und brauchte nicht das ganze Rechtsgeschäft als nichtig erklärt zu werden. Der Erwerber hätte ferner, wenn er die Sache auf Grund eines Pfandrechtes herausgeben müsste, nur einen Entschädigungsanspruch als Konkursforderung geltend zu machen. Wenn die Gläubiger ohnehin ein Pfandrecht an der Masse hätten, wäre es ferner nicht nötig gewesen, Arreste und Pfändungen für unzulässig zu erklären, weil diese nach der Konkurseröffnung etwa erworbenen Pfandrechte doch dem ältern Pfandrechte der Gläubiger keinen Eintrag thun könnten, zumal der Konkursverwalter (nach der Pfandrechtstheorie) für die Gläubiger den Besitz ausübt, also § 709, nicht bloss § 710 der C.-P.-O. zutreffen würde. Dem gegenüber beweist die Vorschrift des § 11 sehr deutlich, dass man gegenüber den Specialpfandrechten keinerlei Generalpfandrecht auch nicht ein solches aller Konkursgläubiger dulden wollte, dass diese vielmehr durch § 11 auf anderem Wege gegen den Erwerb neuer Pfandrechte nach der Konkurseröffnung geschützt werden sollten.[1])

Aus der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ergiebt sich für die Konkursgläubiger nicht ein besonderer „Konkursanspruch". Deren Anspruch auf Befriedigung wird vielmehr nur hinsichtlich seiner äussern Form und zwar in der Weise verändert, dass nun das vorhandene Vermögen zur gemeinschaftlichen Befriedigung dieser Gläubiger verwendet werden muss. Die Verletzung dieses Rechtes begründet die Befugnis zur Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen. (Bem. I. 1 zu § 2 und Bem. I. 2 zu § 23 S. 108.)

6) Die Leitung des Konkursverfahrens steht auch nach der Konkursordnung dem Gerichte zu und zwar ist die Thätigkeit des Konkursgerichtes regelmässig demjenigen Amtsgerichte zugewiesen, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. (§ 64.) Das Konkursgericht hat jedoch nicht die Aufgabe, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten; vielmehr ist die Verwaltung dem Konkursverwalter, der die Funktionen des gemeinrechtlichen „Kurators" und „Kontradiktors" in sich vereinigt, übertragen und diesem, wenn er auch vom Gerichte ernannt wird und unter dessen Aufsicht steht (§§ 70, 75, 76) eine selbständige Stellung eingeräumt. Ausserdem ist den Gläubigern, deren Befriedigung den Zweck des Konkursverfahrens bildet, in weitgehender Weise eine Mitwirkung bei der Verwaltung zuerkannt und der Verwalter bezüglich wichtigerer Fragen an die Genehmigung der Organe der Gläubiger (Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung) gebunden worden. (§§ 118, 120—122.) Insbesondere steht den Gläubigern das Recht zu, unter bestimmten Voraussetzungen einen Zwangsvergleich mit dem Gemeinschuldner zu schliessen und dadurch die Aufhebung des Konkursverfahrens herbeizuführen (§§ 120—187) oder durch Zustimmung zu einem aussergerichtlichen Vergleiche die Einstellung des Verfahrens zu veranlassen. (§ 188.)

7) Die Feststellung der zur Teilnahme am Konkursverfahren berechtigenden Forderungen erfolgt in einem besondern Prüfungsverfahren. (§§ 129 ff.) Die ihre Forderungen anmeldenden Gläubiger erhalten, wenn nicht der Verwalter oder ein Konkursgläubiger Widerspruch erhebt, durch Eintragung in eine besondere Tabelle das Recht zur Mitwirkung bei den Abstimmungen und zur Teilnahme bei den Verteilungen. (§§ 87 und 133.) Wird Widerspruch erhoben, so müssen die Forderungen im Wege des ordentlichen Prozesses festgestellt werden, wodurch aber der Fortgang des Konkursverfahrens nicht aufgehalten wird. (§ 134.) Bezüglich der Verteilung gilt der Grundsatz, dass sobald eine die Vornahme derselben ermöglichende Masse vorhanden ist, eine Abschlagsverteilung durch Gewährung von Dividenden auf die teilnahmeberechtigten Forderungen zu erfolgen hat. Das ganze Verteilungsverfahren, bei welchem Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen vorgesehen sind, ist in zweckmässiger Weise geregelt. (§§ 137—159.)

[1]) Vgl. gegen die Pfandrechtstheorie noch Oetker in Buschs Zeitschr. Bd. XIV. S. 4 ff.

III. Verhältnis der Konkursordnung zu andern Gesetzen. Übergangsbestimmungen.

Durch die Konkursordnung wurden alle landesgesetzlichen Vorschriften über „Konkurs-, Falliments-, Gant- oder Debitverfahren“ und über die zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienenden Verhandlungen sowie über das Konkursrecht beseitigt, soweit dieselben nicht unter die Bestimmung des § 5 E.-G. fallen oder in der Konkursordnung auf diese Vorschriften verwiesen bezw. bestimmt worden ist, dass sie nicht berührt werden. Auch sind die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten waren, ausdrücklich aufgehoben worden. (E.-G. § 4.) Dagegen sind die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze in Kraft geblieben, soweit dieselben nicht durch das Einführungsgesetz (§ 3) ausdrücklich aufgehoben worden sind. Was die Bestimmungen der übrigen Justizgesetze anbelangt, so finden nach § 65 die Vorschriften der Civilprozessordnung auch auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht aus den Bestimmungen der Konkursordnung sich Abweichungen ergeben. Aber auch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes kommen in Ansehung des Konkursverfahrens zur Anwendung. Bei der Leitung dieses Verfahrens handelt es sich immerhin um einen Akt der „ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit“ im Sinne des § 2 des E.-G. zum G.-V.-G., nicht um Ausübung einer „freiwilligen Gerichtsbarkeit“. Zu den „Prozessordnungen“, von welchen im Gerichtsverfassungsgesetze (§§ 24 und 161) gesprochen wird, gehört auch die Konkursordnung. (Bem. 4 zu § 65 S. 310.)[1]) Hinsichtlich des Konkurses über das Vermögen eingetragener Genossenschaften sind die §§ 195—197 der K.-O. durch das Reichsgesetz vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, abgeändert worden. (Vgl. S. 558 ff.)

Was die Übergangsbestimmungen betrifft, so waren die am 1. Oktober 1879 bereits anhängigen Konkurse nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen. (§ 8 E.-G.) Dagegen kommt bezüglich der später eröffneten Konkurse die Konkursordnung nicht bloss insoweit zur Anwendung als es sich um das eigentliche Verfahren handelt, sondern auch insofern konkursrechtliche Bestimmungen in Frage stehen. Auch hinsichtlich solcher Rechtsverhältnisse, welche bereits vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung begründet waren, sind deren Vorschriften in der Regel allein massgebend. Nur in einzelnen Richtungen, nämlich soweit es sich um Anfechtung von Rechtshandlungen, um Aufrechnung und um Berücksichtigung älterer, nach der Konkursordnung nicht zur Absonderung berechtigender Pfand- und Vorzugsrechte handelt, wurde im Einführungsgesetze teils bestimmt, dass die Konkursordnung keine Anwendung finde, teils der Landesgesetzgebung die Befugnis vorbehalten, durch Gewährung eines Vorrechtes zu helfen. (§§ 9—13 E.-G.)

[1]) Vgl. noch Fischer, Recht und Rechtsschutz (Beiträge zur Erläuterung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches 6. Heft) S. 12 und 15; Keller, Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetze S. 46.

Abkürzungen.

I. Gesetze und Materialien.

Anf.-G. = Reichsgesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens.

C. c. = Code civil.

C.-P.-O. = Civilprozessordnung für das Deutsche Reich.

E. = Entwurf zur Konkursordnung für das Deutsche Reich.

E.-G. = Einführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung.

f. E. oder E. zur G.-Sch.-O. = Entwurf zu einer deutschen Gemeinschuldordnung vom Jahre 1873.

H.-G.-B. = Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

K. = Verhandlungen der Kommission des Reichstages über die Konkursordnung.

K.-O. = Konkursordnung für das Deutsche Reich.

bayer. Pr.-O. = Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern vom Jahre 1869.

pr. K.-O. = Preussische Konkursordnung vom Jahre 1855.

pr. A. L.-R. = Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten.

M. = Motive zum Entwurfe der Konkursordnung für das Deutsche Reich.

W.-O. = Allgemeine deutsche Wechselordnung.

II. Abhandlungen, Lehrbücher und Kommentare.

Althoff = Sammlung der in Elsass-Lothringen geltenden Gesetze. Bearbeitet und herausgegeben von Althoff u. s. w.

Aubry et Rau = Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de Zachariae par C. Aubry et C. Rau professeurs de Code Napoléon à Strasbourg.

Bayer = Konkurs-Prozess von Bayer.

Bedarride = Traité des faillites et banqueroutes par Bedarride, avocat à la cour royale d'Aix.

Boulay-Paty = Traité des faillites et banqueroutes par feu P. S. Boulay-Paty, conseiller à la cour d'Appel de Rennes entièrement refondu par J. M. Boileux.

Bunsen = Das gesetzliche Pfand- und Zurückbehaltungsrecht des Verpächters und Vermieters nach Reichs- und Mecklenburgischem Landesrecht von Fr. Bunsen. 1884.

Cosack = Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und ausserhalb des Konkurses nach Deutschem Reichsrecht von Konrad Cosack. 1884.

Demolombe = Cours de Code Napoléon par C. Demolombe.

Dernburg = Lehrbuch des Preussischen Privatrechts von Heinr. Dernburg. 3. Aufl.

Eccius = Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts. Auf der Grundlage des Werkes von Franz Förster bearbeitet von M. C. Eccius. 5. Aufl.

Fitting = Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren von Herm. Fitting. 2. Aufl.

Frohmann = Die allgemeine Anfechtungsklage aus § 23[1] K.-O. von Dr. Max Frohmann. 1886.

Fuchs = Der Deutsche Konkursprozess von Dr. Karl Fuchs, Professor in Marburg. 1877.

Goltdammer = Kommentar zur Preuss. Konkursordnung von Goltdammer, k. Obertribunalsrat.

Grützmann = Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger von Paul Grützmann. 1882.

Harburger = Über den Begriff »anfechtbare Rechtshandlung« und die Anfechtung der Unterlassungen des Gemeinschuldners nach deutschem Konkursrechte von J. Harburger. Juristische Wochenschrift 1885.

Hartmann = Gesetz betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879 von Bernh. Hartmann. 3. Aufl.

Hartzfeld = Anfechtung schuldnerischer Rechtshandlungen in Puchelts Zeitschr. 14. Bd.

Hellmann, Lehrbuch = Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechtes von Friedrich Hellmann. 1886.

Hullmann = Die Konkurs-Ordnung nebst dem Einführungsgesetz. Erläutert von August Hullmann. Oberappellationsrat in Oldenburg.

Jäckel = Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner ausserhalb des Konkurses von Paul Jäckel. 1881.

Koch = Die Preussische Konkursordnung, herausgegeben mit Kommentar von Dr. C. F. Koch.

Koeppen, Erbrecht = Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts von A. Koeppen. 1886.

Korn = Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und ausser dem Konkurs. Von L. Korn. 2. Aufl. 1885.

Krah = Der Konkurs-Verwalter nach der deutschen Reichs-Konkurs-Ordnung. Bearbeitet von Krah. 4. Aufl. 1885.

Kranichfeld = Anf.-G. v. 21. Juli 1879, erläutert von Wilhelm Kranichfeld. 1880.

Laurent = Principes de droit civil par F. L. Laurent. 1878.

Mandry = Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. Systematisch zusammengestellt und verarbeitet von Gust. Mandry. 3. Aufl. 1885.

Meisner = Die Deutsche Konkursordnung nebst Einführungsgesetz, dem preussischen Ausführungsgesetz, sowie dem Reichs-Anf.-G. Mit Kommentar von J. Meisner.

Menzel = Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach Österreichischem Rechte von Adolf Menzel. 1886.

Meves = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich v. 10. Januar 1877, bearbeitet von Meves. 1881.

Oetker = Das Verfolgungsrecht (right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung von Friedr. Oetker. 1883.

Otto = Die Anfechtung von Rechtshandlungen nach gemeinem sächsischem und deutschem Reichsrechte von Viktor Otto. 1881.

Planck, Lehrbuch = Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts von Jul. Wilh. Planck. 1887.

Rénouard = Traité des faillites et banqueroutes par A. Ch. Rénouard, conseiller à la cour de cassation.

Rocholl = Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts. Besprochen von C. Rocholl.

v. Sarwey = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Dr. v. Sarwey, k. Württembergischer Staatsrat. 2. Aufl.

Schmidt, Handb. = Handbuch des Civilprozesses von Schmidt.

Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation = Die Kompensation im Konkurse nach Österreichischem Rechte und mit Berücksichtigung konkursrechtlicher Normen des Deutschen Reichs. Von Emil von Schrutka-Rechtenstamm. 1881.

Schultze = Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen von Aug. Sigm. Schultze, 1880.

Schultze, Festgabe = Von den prozessualischen Zeitbestimmungen, insbesondere den Fristen, von Prof. Dr. Schultze. Festgabe zum Doctorjubiläum des Geh. Rates Prof. v. Planck. 1887.

Schweppe = System des Konkurses der Gläubiger von Schweppe.

Seuffert, Loth., Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. = Zur Geschichte und Dogmatik des Deutschen Konkursrechts von Lothar Seuffert. 1. Abt.: Die Rechtsverhältnisse der Aktivmasse. 1888.

Steinbach = Kommentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen, und über die Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung und des Exekutionsverfahrens. Von Emil Steinbach. 1884. 2. Aufl.

Stieglitz = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungs-Gesetz und dem württembergischen Ausführungs-Gesetz. Erläutert von W. Stieglitz. 1879.

v. Völderndorff = Die Konkursordnung nebst dem Einführungsgesetz und dem Anfechtungsgesetz. Erläutert von Otto Frhr. v. Völderndorff. 3 Bde. 2. Aufl.

Wach, Handbuch = Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts von Dr. Adolf Wach. 1885.
Weismann, Hauptinterv. = Hauptintervention und Streitgenossenschaft von Dr. J. Weismann. 1884.
Wengler = Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, erläutert von F. A. Wengler, k. sächs. Appellationsrat.
Wentzel und Klose = Die Preussische Konkursordnung, erläutert von A. Wentzel, Appellationsgerichtspräsident und C. Klose, Kreisrichter.
Wernz = Kommentar zur Prozessordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten für das Kgr. Bayern von J. Wernz, k. bayer. Oberappellationsgerichtsrat.
Willenbücher = Die Reichskonkursordnung und ihre Ergänzungsgesetze. Mit Erläuterungen von Willenbücher. 1885.
v. Wilmowski = Deutsche Reichskonkursordnung, erläutert von G. v. Wilmowski. 3. Aufl.
Windscheid = Lehrbuch des Pandektenrechts von Dr. Bernh. Windscheid. 3 Bde. 1887. 6. Aufl.
Zachariae-Dreyer = Handbuch des französischen Civilrechts von Carl Salomon Zachariae. 7. Aufl. Herausgegeben von Heinrich Dreyer. 1886. 4 Bde.

III. Entscheidungen und Zeitschriften.

Amtsrichterzeitschr. = Mittheilungen aus der gerichtlichen Praxis, Zeitschrift des rheinpreussischen Amtsrichtervereins.
bad. Ann. = Annalen der Badischen Gerichte.
Ann. d. sächs. O.-L.-G. = Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden.
Arch. f. civ. Pr. = Archiv für die civilistische Praxis.
Bl. f. Rechtsanw. = Blätter für Rechtsanwendung, zunächst in Bayern.
Bl. f. Rechtspfl. = Blätter für Rechtspflege in Thüringen.
Blum, Urt. u. Ann. = Urteile und Annalen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von H. Blum.
Bolze = Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen von A. Bolze.
Busch, Arch. = Archiv für die Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts. Herausgegeben von F. B. Busch.
Buschs Zeitschr. = Zeitschrift für deutschen Civilprozess. Begründet von H. Busch. Herausgegeben von M. Schultzenstein und F. Vierhaus.
Dalloz, Period. = Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence fondé par Dalloz ainé et A. Dalloz.
Entsch. d. pr. Obertrib. = Entscheid. des Preussischen Obertribunals. Herausgegeben von Mitgliedern dieses Gerichtshofs.
Entsch. d. R.-G. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes. Die in Klammern stehende römische Ziffer bezeichnet den Senat.
Entsch. d. R.-G. i. Strafs. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes.
Entsch. d. R.-O.-H.-G. = Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Goldschmidts Zeitschr. = Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht. Herausgeg. v. L. Goldschmidt.
Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot. Herausgegeben von Rassow und Küntzel.
Grünhuts Zeitschr. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht. Herausgegeben von Grünhut.
Hanseat. Gerichtszeit. = Hanseatische Gerichtszeitung, bestehend aus einem Hauptblatt für handelsrechtliche Fälle und einem Beiblatt für civilrechtliche Fälle.
Juristenzeit. = Wallmanns deutsche Juristenzeitung.
Jur. Wochenschr. = Juristische Wochenschrift. Organ des deutschen Anwaltvereins. Herausgegeben von Henle.
Jur. Zeitschr. f. E.-L. = Juristische Zeitschrift für Elsass-Lothringen.
Krit. V.-J.-Schr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Von Brinz und Seydel.
Litteraturzeit. = Deutsche Litteraturzeitung. Herausgegeben von A. Fresenius.
Meckl. Zeitschr. = Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft.
Puchelts Zeitschr. = Zeitschrift für französisches Civilrecht. Herausgegeben von Puchelt, nun v. Heinsheimer,

Rhein. Arch. = Archiv für Civil- und Kriminalrecht der preussischen Rheinprovinz.
Rechtspr. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen. Herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft.
Sammlung = Sammlung von Entscheidungen des obersten Landesgerichts für Bayern in Gegenständen des Civilrechts und Civilprozesses.
Schlesw.-Holst. Anz. = Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
Seuffert, Arch. = J. A. Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe. Herausgegeben von H. F. Schütt.
Sirey, Recueil = Recueil général des lois et des arrêts. Fondé par J. B. Sirey.
Striethorst, Arch. = Archiv für die Entscheidungen des Preussischen Obertribunals. Herausgegeben von Striethorst.
Wengler, Arch. N. F. = Archiv für civilrechtliche Entscheidungen. Neue Folge. Begründet von Wengler.
Württemb. Arch. = Württembergisches Archiv für Recht- und Rechtsverwaltung.
Württemb. Gerichtsbl. = Württembergisches Gerichtsblatt.
Württemb. Jahrb. = Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege. Herausgegeben von den Mitgliedern des O.-L.-G. zu Stuttgart und des Vorstandes der Württembergischen Anwaltskammer.
Zeitschr. f. d. Not. = Zeitschrift für das Notariat in Elsass-Lothringen.

IV. Sonstige Abkürzungen.

A.-G. = Appellationsgericht.
bayer. oberstes Landesg. = Oberstes Landesgericht für Bayern.
Erg.-Bd. = Ergänzungsband.
H.-S. = Hilfssenat.
Ldg. = Landgericht.
O.-A.-G. = Oberappellationsgericht.
O.-L.-G. = Oberlandesgericht.
R.-G. = Reichsgericht.
Strafsen. = Strafsenat.
U. oder Urt. = Urteil.

Wo es ohne weiteres ersichtlich ist, welche Entscheidungen oder Annalen u. s. w. gemeint sind, werden die betreffenden Sammlungen schlechtweg als Entscheid. oder Ann. citiert.

Zur Ergänzung dieses Verzeichnisses wird auf S. 577 Anm. 2, S. 641 Anm. 1 und S. 643 Anm. 1 verwiesen.

Erstes Buch.

Konkursrecht.

(§§ 1—63.)

Übersicht.

In dem ersten Buch, welches das materielle Konkursrecht enthält, werden die Einwirkungen der Konkurseröffnung auf die von derselben betroffenen Rechtsverhältnisse festgestellt. Insbesondere wird bestimmt, welche Rechte die Gläubiger in Beziehung auf das Vermögen des Gemeinschuldners und die von demselben vorgenommenen Rechtshandlungen erwerben, wie weit und in welcher Ordnung dieselben aus diesem Vermögen Befriedigung erlangen und in welches Rechtsverhältnis die Gläubiger infolge der Konkurseröffnung zum Gemeinschuldner und zu dritten Personen treten. In Titel 1 wird der Gegenstand und die Wirkung des Konkursverfahrens im allgemeinen geregelt. Die Titel 2 und 3 enthalten die besonderen Vorschriften über die Wirkung des Konkursverfahrens auf die Erfüllung der vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen und über deren Anfechtung. Sodann wird in Titel 4 die Aussonderung der thatsächlich im Vermögen des Gemeinschuldners befindlichen, aber rechtlich diesem nicht gehörigen, Gegenstände geregelt. In den Titeln 5 bis 8 wird bestimmt, welche Ansprüche den verschiedenen Klassen von Gläubigern in Beziehung auf ihre Befriedigung zustehen, und zwar handelt Titel 5 vom Absonderungsrecht, Titel 6 von der Aufrechnung, Titel 7 von der Befriedigung der vorweg aus der Konkursmasse zu befriedigenden Massegläubiger, während Titel 8 die Verhältnisse der einfachen Konkursgläubiger regelt, welche nur im Konkursverfahren und zwar bei der Verteilung der Konkursmasse Befriedigung erlangen können.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 1—14.)

Vorbemerkungen.

In den §§ 1—14 werden lediglich allgemeine Bestimmungen getroffen, die sich auf den Gegenstand und die Wirkungen des Konkursverfahrens beziehen. In § 1 wird der Umfang des Konkursverfahrens bezeichnet, wodurch zugleich der Begriff der Konkursmasse genau bestimmt wird, in § 2 dagegen ist der Zweck des Konkursverfahrens festgestellt, woraus sich ergiebt, welche Personen als Konkursgläubiger anzusehen sind. Die §§ 3 und 4 enthalten allgemeine Vorschriften über die abgesonderte Befriedigung und die Stellung der ausländischen Gläubiger. Nachdem sodann in § 5 der Satz aufgestellt worden ist, dass der

Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens das Recht der Verfügung und Verwaltung bezüglich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens verliere und die Ausübung dieser Befugnisse dem Konkursverwalter zustehe, werden in den §§ 6 und 7 hieraus die Folgerungen bezüglich der vom Gemeinschuldner nachträglich vorgenommenen Rechtshandlungen und der später an ihn erfolgten Leistungen gezogen und in den §§ 8—12 hinsichtlich der für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreitigkeiten und der Unstatthaftigkeit neuer Klagen und Zwangsvollstreckungen durch die Konkursgläubiger sowie neuer Sicherheitsbestellungen für sie Bestimmungen getroffen. Durch § 13 wird endlich der Einfluss des Konkursverfahrens bezw. der Anmeldung einer Konkursforderung auf die Verjährung und durch § 14 die Auseinandersetzung mit solchen Personen geregelt, zu denen der Gemeinschuldner in einem Miteigentums-, Gesellschafts- oder sonstigen Gemeinschaftsverhältnis steht. In der pr. K.-O. waren am Schlusse der allgemeinen Bestimmungen Vorschriften über den Todesfall des Gemeinschuldners gegeben, namentlich hatte § 13 bestimmt, dass dieser Tod keine Unterbrechung des Konkurses bewirke und der Fortgang desselben auch dadurch nicht gehemmt werde, dass der Erbe des Gemeinschuldners die Erbschaft ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antrete, so lange der Erbe die Gläubiger nicht befriedige. Derartige Vorschriften wurden bei Aufstellung des Entwurfes der K.-O. mit Recht für überflüssig gehalten. (M. S. 62.) Es ist selbstverständlich, dass der Tod des Gemeinschuldners das Konkursverfahren, durch dessen Eröffnung die Gläubiger ein Recht auf gemeinschaftliche Befriedigung — nicht ein Recht „auf die Masse", wie in den Motiven ungenau gesagt wird — erlangt haben, nicht unterbrechen kann und die Vermögensverhältnisse der Erben auf die Befriedigung der Gläubiger aus der Masse keinen Einfluss ausüben können. Aus demselben Grunde wird der Fortgang des Konkursverfahrens auch dadurch nicht gehemmt, dass die Erbschaft ohne Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird. Diese Thatsache hat nur die Folge, dass sich die Konkursgläubiger nach Beendigung des Konkursverfahrens, wenn ein Zwangsvergleich nicht zustande kam, an das Vermögen der Erben halten können.

§ 1.

Das Konkursverfahren umfasst das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Konkursmasse).

Der Niessbrauch, welcher dem Gemeinschuldner während der Dauer des Verfahrens an dem Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder nach den Landesgesetzen zusteht, gehört zur Konkursmasse. Aus den Nutzungen kann der Gemeinschuldner die Mittel beanspruchen, welche zu seinem angemessenen Unterhalte und dazu erforderlich sind, um eine gesetzliche Verpflichtung desselben zum Unterhalte seiner Ehefrau oder zum Unterhalte und zur Erziehung seiner Kinder zu erfüllen.

Die im § 715 Nr. 5, 8 der Civilprozessordnung und im § 20 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871 vorgesehenen Beschränkungen kommen im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.

(E. § 1; M. S. 18 ff.; K. S. 1 ff. u. 145 ff.; pr. K.-O. §§ 1 u. 93.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Das Konkursverfahren erstreckt sich auf das gesamte, nicht ausdrücklich von demselben ausgenommene Vermögen des Gemeinschuldners, aber auch nur auf das Vermögen desselben. Alle Gegenstände, welche überhaupt nicht als Bestandteile des Vermögens anzusehen sind, oder wenigstens nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören, sind von vornherein von der Konkursmasse ausgeschlossen. Ausserdem ist das Konkursverfahren auf dasjenige Vermögen beschränkt, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt und dem Gemeinschuldner bereits zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (V. Bem. II. und III.). Das Wort „Konkursverfahren" ist übrigens im weiteren Sinne gebraucht. Auf die nach § 1 zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände finden nicht bloss die Vorschriften des zweiten Buchs, sondern auch die im ersten Buch enthaltenen Bestimmungen (das Konkursrecht i. e. S.) Anwendung.

2) Das Wort „Vermögen" ist hier nicht in dem weiteren Sinne zu verstehen, in welchem zu demselben auch die Arbeitskraft des Gemeinschuldners, dessen Kredit u. s. w. gehört. Vielmehr wird darunter nur der Inbegriff der dem Gemeinschuldner gehörigen Sachen und Rechte verstanden. Ausserdem wird, damit diese letzteren als Bestandteil des Vermögens angesehen werden können, vorausgesetzt, dass dieselben überhaupt einen Wert haben und dass dieser den Gläubigern zugewendet werden kann. Es sind hienach von der Konkursmasse ausgeschlossen die Rechte, welche einen ausschliesslich persönlichen oder familienrechtlichen Charakter haben, wie das Recht der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, soweit sich dasselbe auf die Personen der Kinder bezw. der Ehefrau bezieht. Ausserdem fallen diejenigen Rechte nicht in die Konkursmasse, welche streng an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind, deren zwangsweise Veräusserung sonach unstatthaft ist. Zu den rein persönlichen Rechten gehören: usus und habitatio, Leibzuchtsrechte, auf persönlichen Gründen beruhende Retraktsrechte, das Recht der Ehefrau auf Gütertrennung, [1]) ferner vermögensrechtliche Ansprüche höchstpersönlicher Natur wie actiones vindictam spirantes, das nach Landesrecht zu beurteilende Recht auf Ehescheidungsstrafen, sowie auf Anfechtung letztwilliger Verfügungen mit querela inofficiosi testamenti. Zu den höchstpersönlichen Rechten gehören nicht andere Ansprüche auf Anfechtung von Verträgen, Testamenten u. s. w. Deshalb kann der Konkursverwalter eine dem Gemeinschuldner in dieser Richtung zustehende Klage z. B. auf Anfechtung eines Erbschaftskaufs anstellen. [2]) Zum Vermögen gehören auch nicht der menschliche Körper und einzelne Teile desselben, selbst wenn sie künstlich eingefügt sind (künstliche Gliedmassen, falsche Augen, Zähne und Haare). Jedoch gilt dies bloss, soweit die Grenzen des Bedürfnisses eingehalten wurden, nicht soweit ein Luxus vorliegt. [3]) Die Firma als der kaufmännische Name ist ebensowenig Bestandteil des Vermögens wie der bürgerliche Name. [4]) Anders liegt die Sache dagegen bei dem Markenrecht, dessen Existenz von der Firma unabhängig ist. (§ 5 Z. 2 des Reichsges. v. 30. Nov. 1874.) [5]) Dagegen ist es nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht gestattet, ein schriftstellerisches Erzeugnis oder ein Werk der bildenden Kunst gegen den Willen des Urhebers zu veröffentlichen bezw. auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zu veräussern. Das Recht, ein Schriftstück auf mechanischem Wege zu vervielfältigen (Urheberrecht), das nach § 1 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 dem Urheber ausschliesslich zusteht, hat zwar in der Regel einen Geldwert und kann auch (nach § 3 des angef. Ges.) durch Vertrag oder Verfügung von Todes wegen auf andere übertragen werden. Aber die vermögensrechtliche Bedeutung dieses Rechtes ist doch eine nebensächliche und untergeordnete und muss neben dem eigentlichen Zweck

[1]) V. jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 167.

[2]) V. R.-G. (II.) 23. Jan. 1887, rhein. Arch. Bd. 77. Abteil. III. S. 153.

[3]) v. Völderndorff Bd. I. S. 55.

[4]) V. R.-G. (I.) 4. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 104; Meves S. 13.

[5]) V. Meves S. 14. A. M. Willenbücher S. 5 lit. f.

der schriftstellerischen Produktion zurücktreten. Darüber, ob ein solches Werk überhaupt in der Form, in der es vorliegt, veröffentlicht werden und zu welcher Zeit die Veröffentlichung erfolgen soll, hat der Autor selbst zu entscheiden und dieses Recht kann gegen seinen Willen nicht von seiner Person getrennt werden. Deshalb ist es nicht gestattet, das Urheberrecht auf dem Weg der Zwangsvollstreckung zu veräussern und ist auch der Konkursverwalter nicht berechtigt, dasselbe durch Abschluss eines Vertrags mit einem Verleger für die Masse zu verwerten; ja er ist nicht einmal berechtigt, gegen den Willen des Autors eine neue Auflage zu veranlassen.[1]) Nur wenn unzweifelhaft feststeht, dass das Manuskript nach der Ansicht des Autors zur Veröffentlichung reif und zu derselben bestimmt ist, z. B. wenn der Gemeinschuldner dasselbe bereits einem Verleger angeboten oder die Veranstaltung einer neuen Auflage beschlossen hat, ist auch der Konkursverwalter zum Abschluss eines Verlagsvertrags berechtigt, da es sich dann lediglich um ein Vermögensobjekt handelt und der vor der Konkurseröffnung ausgesprochene Wille des Autors dieselbe Kraft hat, wie dessen später erteilte ausdrückliche Zustimmung. Dass die aus einem vom Autor bezüglich der Veröffentlichung abgeschlossenen Vertrag hervorgehenden Vermögensrechte in die Konkursmasse fallen, versteht sich ebenso von selbst wie das Recht des Konkursverwalters, bereits erworbene Entschädigungsansprüche wegen Verletzung des Urheberrechtes, der Nachbildung eines Kunstwerkes u. s. w. für die Masse geltend zu machen. Für die Erben ist das Urheberrecht nur Vermögensrecht, denn die Erben sind nicht Autoren.[2]) Nicht anders als bei dem Urheberrecht an Schriftwerken, musikalischen Werken u. s. w. liegt die Sache rechtlich bei dem Urheberrecht an Mustern und Modellen und den Ansprüchen auf Erteilung eines Patents. Es handelt sich auch hier nicht um Rechte, welche lediglich eine vermögensrechtliche Bedeutung haben, sondern um Ansprüche, über deren Verwertung der Urheber bezw. Erfinder zu entscheiden hat.[3]) Das erworbene Patent ist dagegen ein Bestandteil des Vermögens, dessen Verwertung dem Konkursverwalter zusteht.[4])

3) Dass Gegenstände, welche sich lediglich im Besitze des Gemeinschuldners befinden auf die derselbe aber keinen rechtlichen Anspruch hat, nicht zur Konkursmasse gezogen werden können, ist durch die Vorschriften über das Aussonderungsrecht (§§ 35 ff.) ausdrücklich anerkannt. Auch der Ehefrau des Gemeinschuldners, welche nur bezüglich des Beweises (nach § 37) strenger behandelt wird als andere Personen, steht ein solches Aussonderungsrecht zu. Fideikommissgüter, Stammgüter etc., bezüglich deren dem Gemeinschuldner das Recht der Veräusserung nicht zusteht, gehören nach allgemeinen Grundsätzen der Substanz nach nicht zur Konkursmasse. Vielmehr kann sich der Konkursverwalter nur an die Erträgnisse aus den betreffenden Gütern halten. Durch § 5 Z. 1 des E.-G. wurden die

1) V. hiezu: Oskar Wächter, Autorrecht, § 16 S. 112 und ff.; Endemann, Kommentar zum Ges. über das Urheberrecht S. 14 ff.; Dambach, Kommentar zu diesem Gesetz S. 36 ff.; Klostermann, Das geistige Eigentum Bd. I. S. 315 ff.; insbesondere S. 321 und 333; Klostermann, das Urheberrecht S. 26, der jedoch a. M. ist bezüglich der Veranstaltung neuer Auflagen; Eccius Bd. II. S. 158 § 134; Dernburg Bd. II. S. 885 § 304; v. Völderndorff Bd. I. S. 58 ff.; v. Wilmowski S. 41, 42; Willenbücher S. 5 und 6; Fitting § 13 Anm. 18; v. Sarwey S. 4; Stieglitz S. 3. Noch weiter geht Meisner S. 4 u. 5, der dem Konkursverwalter überhaupt nicht das Recht einräumt, einen Verlagsvertrag abzuschliessen. Auch in Frankreich wird die Zulässigkeit der Zwangsveräusserung des Urheberrechtes in Rechtslehre und Rechtssprechung verneint. V. Rénouard, des droits d'auteurs Nr. 205—207 Bd. II. S. 348 ff.; Gastambide Contrefaçon Nr. 122 S. 148 ff.; Rep. gen. zum Journal du Palais v°. Propriété littéraire Nr. 187 ff. und Suppl. ib. Nr. 54.

2) V. auch v. Völderndorff Bd. I. S. 59, Anm. 21. A. M. Willenbücher S. 5 lit. g.

3) V. die Anm. 1 angef. Schriftsteller. A. M. sind von Sarwey und Stieglitz a. a. O. und, soweit es sich um Patente handelt, v. Wilmowski S. 42.

4) V. die in Anm. 1 und 3 angef. Schriftsteller, ferner Urt. des R.-G. (I. Strafs.) vom 9. Nov. 1882, Entsch. in Strafsachen Bd. VII. S. 400.

landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse betreffen, ausdrücklich aufrechterhalten und in § 45 K.-O. wurde bestimmt, dass die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger aus dem Lehen, Stammgut oder Fideikommiss abgesondert nach den Vorschriften der Landesgesetze erfolgt. (V. Bem. zu diesen §§.)

Dingliche Rechte an einer fremden Sache gehören, soweit sie nicht (wie usus und habitatio) an die Person des Gemeinschuldners gebunden sind, begriffsmässig zum Vermögen des Gemeinschuldners. Es fallen also die demselben zustehenden Nutzniessungsrechte in die Konkursmasse und zwar der Art, dass nicht bloss die Erträgnisse aus den der Nutzniessung unterworfenen Gütern einen Bestandteil derselben bilden, sondern auch das Recht auf die Nutzniessung für deren Rechnung veräussert werden kann. [1]) Das einer offenen Handelsgesellschaft zustehende Niessbrauchsrecht besteht fort bis zur Beendigung des Konkursverfahrens und bildet einen Bestandteil der Masse. [2]) Bezüglich des dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes am Vermögen seiner Ehefrau oder seiner Kinder zustehenden Niessbrauchs v. man Bem. IV.

II. Vermögen, das einer Zwangsvollstreckung unterliegt.

1) Das Konkursverfahren ist zwar nicht als eine besondere Form der Zwangsvollstreckung anzusehen. Dasselbe wird in den Motiven (S. 10) zutreffend „als eine unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen Gläubigern desselben“ bezeichnet, die eine gewisse Ähnlichkeit mit der Liquidation einer kaufmännischen Firma habe. Das Verfahren wurde aber doch auf das „einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners“ beschränkt. (Bem. I. 2.) Diese Beschränkung liegt in der Natur der Sache, da es sich auch bei dem Konkursverfahren um eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Schuldners handelt und die Gründe, welche dafür sprechen, gewisse Gegenstände dem Zugriff einzelner Gläubiger zu entziehen, auch dann zutreffen, wenn durch die Versilberung der vorhandenen Vermögensstücke allen persönlichen Gläubigern eine verhältnismässige Befriedigung verschafft werden soll. Während bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Landesgesetzgebung massgebend ist (§ 757 C.-P.-O.), bezeichnet § 715 der C.-P.-O. die beweglichen Sachen und § 749 die Forderungen und andern Vermögensrechte, welche nicht gepfändet werden dürfen. Die in diesen §§ angegebenen Gegenstände sind auch von der Konkursmasse ausgeschlossen. Die in den Nrn. 5 und 8 des § 715 und die in § 20 des Reichs-Post-Gesetzes enthaltenen Beschränkungen, welche darin ihren Grund haben, dass der Schuldner am Fortbetriebe seines Geschäfts nicht gehindert sein soll, kommen jedoch nach Abs. 3 des § 1 im Konkursverfahren nicht zur Anwendung.

2) Durch die Vorschriften der §§ 715 und 749 C.-P.-O. werden alle andern Bestimmungen beseitigt, welche das Konkursverfahren bezw. die Konkursmasse in weitergehender Weise beschränken. Auch Gegenstände, welche für den Gemeinschuldner nur sogen. Affektionswert haben, welche er sonach nicht mit Rücksicht auf ihren Verkaufswert besitzt wie Briefe, Stammbücher, Sammlungen von Münzen, Briefmarken u. s. w., hat der Konkursverwalter im Interesse der Gläubiger zu verwerten, wenn durch die Veräusserung derselben ein Erlös zu erzielen ist. Auf die subjektive Auffassung, welche den Gemeinschuldner bestimmte, solche Gegenstände zu erwerben und zu behalten, kommt es nicht an. Sonst könnte man auch wertvolle alte Bücher, Waffen und Schmuckgegenstände der Veräusserung

[1]) V. v. Sarwey S. 13; v. Wilmowski S. 40; Fitting § 13 S. 118; Stieglitz S. 20; Willenbücher S. 9; v. Völderndorff Bd. I. S. 54.

[2]) Urt. des R.-G. (II.) v. 28. April 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 1.

entziehen.[1]) Anders liegt die Sache, wenn die Gegenstände vollständig wertlos sind oder doch nur einen ganz geringen Wert haben, welcher die Veräusserung nicht als lohnend, die Gegenstände als „nicht verwertbar“ erscheinen lässt. Von der Veräusserung solcher Gegenstände kann der Konkursverwalter vorbehaltlich der Beschlussfassung der Gläubiger absehen, (§ 150.)[2]) Schriftstücke, welche (wie Stammbäume, Testamente, Adelsdiplome) als Beweismittel in Betracht kommen und in dieser Beziehung für den Gemeinschuldner von Wert sind, darf der Konkursverwalter überhaupt nicht veräussern.[3]) Die Frage, ob Zuwendungen, welche dem Gemeinschuldner von Dritten gemacht wurden, der Zwangsvollstreckung bezw. der Konkursmasse durch eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung entzogen werden können, ist nach § 749 Z. 3 C.-P.-O. zu beurteilen. In den Motiven zu dieser Vorschrift wurde (S. 574) bemerkt: „Inwieweit Bestimmungen Dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können, wird lediglich davon abhängen, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein Dritter ausser dem Schuldner ableiten kann.“ Nach dem preuss. A. L. R. (T. I. Tit. 4 § 15 und T. II. Tit. 2 § 424, 426) ist es, wie auch das R.-G. anerkannt hat, zulässig, dass der Erblasser den Zugriff der Gläubiger des Erben auf das ererbte Vermögen dadurch hindert, dass er den Erben in der Verfügung über dieses Vermögen beschränkt. Dies geschieht durch die sogen. Enterbung in guter Absicht unter Belassung des Niessbrauchs mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass derselbe nur zum Unterhalt des Erben und seiner Familie verwendet werden darf. Die Gläubiger werden auf diese Weise vom Zugriff nicht unmittelbar, sondern mittelbar infolge des beschränkten Erwerbs seitens des Erben ausgeschlossen. Die Möglichkeit einer solchen Beschränkung hat nicht in prozessrechtlichen Bestimmungen, sondern in Vorschriften des Erbrechtes ihren Grund. Desshalb stehen die §§ 14 des E.-G. zur C.-P.-O. und 4 des E.-G. zur K.-O. nicht im Wege.[4]) Einen hierher gehörigen Satz enthält Art. 1981 code civil. Die Ausnahmebestimmung, welche § 749 Abs. 4 zugunsten der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners bezw. des von ihnen zu beanspruchenden Unterhalts enthält, kommt der Konkursmasse nicht zu gut. Vielmehr gehört zu dieser bloss dasjenige Vermögen, das in allgemeiner Weise der Zwangsvollstreckung unterliegt. Bezüglich des dem Zugriff der gewöhnlichen Gläubiger entzogenen Betrags von 1500 M. bleiben die besonderen Rechte der Ehefrau und der Kinder ungeachtet des Konkursverfahrens in Kraft. Die Vorschriften der C.-P.-O. werden ergänzt durch das Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 (§ 7), das Reichsges. v. 2. Juni 1878 betr. Ehrenzulage f. d. Inhaber d. eisernen Kreuzes, v. 20. April 1881 betr. Fürsorge f. d. Witwen u. Waisen d. Reichsbeamten (§ 4 u. 17), das Krankenversicherungsges. v. 15. Juni 1883 (§ 56), Reichsges. v. 7. April 1876 u. 1. Juni 1884 üb. d. eingeschr. Hülfskassen (§ 10), das Unfallversicherungsges. v. 6. Juli 1884 (§ 68), v. 5.

[1]) V. v. Sarwey S. 5; Wengler S. 55; Fitting § 13 S. 124; Willenbücher S. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. I S. 56 ff.

[2]) V. Fitting a. a. O.; v. Wilmowski § 1 Nr. 2 S. 42 und 395.

[3]) V. Willenbücher S. 4 Nr. I A.

[4]) Bisher wurde meist angenommen, dass eine der Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung das in Frage stehende Vermögen dem Angriff der Gläubiger unbedingt entziehe. V. Schweppe System § 39; Seuffert, Arch. Bd. 15 Nr. 270 S. 452 ff. Doch wurde auch erkannt, dass Ansprüche wegen des Unterhalts von Kindern nur von diesen, nicht vom Vater selbst geltend gemacht werden können. (Seuffert, Archiv Bd. 3 Nr. 338 S. 381.) Prozessrechtliche Vorschriften über die Frage (z. B. die des Art. 581 C. de pr. c.) sind durch die Vorschrift der C.-P.-O. aufgehoben. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bleiben unberührt. Bezüglich des pr. A. L.-R. sind zu vergl.: Entsch. des R.-G. Bd. I. S. 175; Bolze Bd. II. Nr. 1258, Bd. III. Nr. 927; jur. Wochenschr. 1886 S. 24. Für das Gebiet des gemeinen Rechtes hat das R.-G. (I) am 4. Okt. 1884 die Unzulässigkeit solcher Einschränkungen ausgesprochen. V. Bolze a. a. O. I. Nr. 1368. In der Rechtslehre sind die Meinungen über die Zulässigkeit derselben geteilt. Für dieselben: v. Sarwey S. 12; v. Wilmowski S. 42, 47; Willenbücher S. 8 u. 10; Struckmann-Koch § 749 C.-P.-O. Nr. 4 und die dort angef. Schriftsteller. Dagegen: Hullmann § 1 Bem. 5; Hellmann, C.-P.-O. III. S. 116.

Mai 1886 (§ 73) u. v. 11. Juli 1887 (§ 38), Reichsges. v. 15. März 1886 betr. Fürsorge f. Beamte etc. (§ 7), v. 3. Mai 1886 betr. d. Eisenbahnfahrbetriebsmittel, v. 17. Juni 1887 betr. Fürsorge f. d. Witwen u. Waisen von Angehörigen d. Reichsheeres (§ 5 u. 19). Bezüglich des unbeweglichen Vermögens ist die Landesgesetzgebung massgebend. (V. § 757 C.-P.-O. u. § 45 K.-O.)

III. Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört.

1) Bezüglich der Frage: ob von den Wirkungen des Konkursverfahrens nur das zur Zeit der Eröffnung (§ 100) vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners oder auch dasjenige Vermögen betroffen wird, welches dieser während des Verfahrens erwirbt, hat sich die K.-O. für die erste, beschränkende Ansicht entschieden. Die Gründe dieser Entscheidung sind in den Motiven (S. 20 ff.) ausführlich dargelegt. Die Reichstagskommission hat alle eine Abänderung der im Entwurf enthaltenen Vorschrift bezweckenden Anträge zurückgewiesen. (K. S. 1—3 und 145 ff.)

2) Ob die Zugehörigkeit zum Vermögen vor oder nach der Konkurseröffnung eintrat, richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Es lassen sich jedoch gewisse allgemeine Grundsätze aufstellen, welche zur Anwendung kommen, sofern eine entgegengesetzte Vorschrift nicht besteht.

a. Der Erwerb, welcher auf einem vor der Konkurseröffnung bereits vorhandenen Rechtsgrunde beruht, ist auch dann zur Konkursmasse zu rechnen, wenn derselbe erst nach der Eröffnung des Verfahrens verwirklicht worden ist, da der Anspruch auf diesen Erwerb schon vorher begründet war und einen Bestandteil des Vermögens bildete. Nur hierauf, nicht auf den Umstand kommt es an, ob dies früher oder später festgestellt worden ist, Insbesondere sind alle diejenigen Gegenstände zur Konkursmasse zu rechnen, zu deren Erwerb der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung ohne Gegenleistung berechtigt war. Hienach fallen die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehenden Forderungen auch dann in die Konkursmasse, wenn sie betagt sind und der Zeitpunkt der Fälligkeit erst nach der Eröffnung des Verfahrens eintritt, denn diese Forderungen bilden vom Augenblick ihrer Begründung an einen Bestandteil des dem Gemeinschuldner gehörenden Vermögens. Ebenso sind bedingte Ansprüche des Gemeinschuldners, welche schon vor der Konkurseröffnung entstanden sind, auch dann zur Konkursmasse zu ziehen, wenn die Bedingung erst nachher eingetreten bezw. weggefallen ist. Handelt es sich um eine auflösende Bedingung, deren Nichteintritt erst nach der Konkurseröffnung festgestellt wurde, so verhält es sich ebenso, als ob der Anspruch von vornherein ein unbedingter gewesen wäre. In gleicher Weise hat, wenn die Existenz des Anspruchs von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist, der nach der Konkurseröffnung erfolgte Eintritt dieser Bedingung die Wirkung, dass der bedingte Anspruch einem von vornherein unbedingten gleichsteht. [1]) Aus diesem Grunde fällt auch der dem Versicherten wegen Brandschadens zustehende Anspruch auf die Versicherungssumme in die Masse. [2])

b. Besondere Berücksichtigung verdient das Rechtsverhältnis, das sich aus dem Lebensversicherungsvertrag ergiebt. Ist in der Police ein Dritter als Berechtigter bezeichnet, so fällt das Recht auf die Versicherungssumme unzweifelhaft nicht in die Konkursmasse, weil dasselbe überhaupt niemals dem Gemeinschuldner zustand. [3]) Fehlt es dagegen an einer solchen Bezeichnung, so erwirbt der Versicherungsnehmer selbst den Anspruch und

[1]) V. v. Sarwey S. 7 u. 8; v. Völderndorff Bd. I. S. 74 ff; v. Wilmowski S. 73; Fitting S. 119; Willenbücher S. 8 Nr. 7.

[2]) R.-O.-H.-G. 5. April 1879, Entsch. Bd. 25. S. 40.

[3]) Entsch. des pr. Obertrib. Bd. 51 S. 43, Bd. 71 S. 1, Bd. 72 S. 90; Entsch. des R.-G. Bd. I. S. 188 und 380; Bd. XVI. S. 127. Gruchot's Beitr. Bd. 28 S. 895; Entsch. des bayer. obersten Landesg. Sammlung Bd. IX. S. 58, Bd. XI. S. 243; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 79; Regelsberger im Arch. für civ. Praxis Bd. 67 S. 17; Juristenzeitung Bd. X. S. 563.

dieser bildet einen Bestandteil seines Nachlasses. Die Erben haben einen Anspruch auf die Versicherungssumme nur in ihrer Eigenschaft als Erben. Ist über den Nachlass des Versicherungsnehmers der Konkurs eröffnet worden, so gehört der Anspruch auf die Versicherungssumme zur Konkursmasse.[1]) Dasselbe gilt dann, wenn der Konkurs bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers eröffnet worden, dieser aber während des Verfahrens verstorben ist. Der Rückversicherer hat in diesem Falle zur Konkursmasse des Rückversicherten die volle Rückversicherungssumme, nicht bloss die dem Erstversicherten zufallende Konkursdividende zu bezahlen.[2]) Der (bedingte) Anspruch war schon vor der Konkurseröffnung vorhanden. Die Bestimmung einer Police, nach welcher die Versicherungssumme innerhalb drei Monaten nach Eingang sämtlicher die Auszahlung begründenden Schriftstücke bei der Direktion auszuzahlen ist, enthält nicht eine Frist für die Fälligkeit, sondern nur eine solche für die Erfüllung der bereits mit dem Tod des Versicherungsnehmers fällig gewordenen Zahlungsverbindlichkeit.[3])

c) Obige Grundsätze führen folgerichtig zu dem Ergebnis, dass auch Ansprüche des Gemeinschuldners auf den Bezug von Unterhalt oder einer Pension, sofern diese Ansprüche nur unwiderruflich feststehen und nicht von einer bestimmten Gegenleistung abhängen zur Konkursmasse zu ziehen sind, soweit sie überhaupt einer Zwangsvollstreckung unterliegen (v. § 749 C.-P.-O.). Ob dies in der Weise geschieht, dass nur die während der Dauer des Konkursverfahrens fällig werdenden Beträge in die Konkursmasse fallen oder ob der Anspruch selbst für Rechnung der Konkursmasse veräussert werden darf, hängt davon ab, ob solche Ansprüche nach der bestehenden Gesetzgebung von der Person des Gemeinschuldners losgelöst werden können, oder ob bloss der Bezug der einzelnen Raten von den Rechtsinhabern desselben in Anspruch genommen werden kann. Anders liegt die Sache in Beziehung auf Gehalte von Beamten oder andern Personen, welche für ihre Thätigkeit eine genau bestimmte und in festen Zeiträumen zu bezahlende Vergütung erhalten. Derartige Forderungen bestehen überhaupt nur unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Thätigkeit erfolgt, und die Gegenleistung kann in der Regel nur verlangt werden, wenn die bedungene Leistung vorausgegangen ist, oder wird doch nur mit Rücksicht auf diese gewährt. Es ist deshalb auch der Anspruch auf Bezahlung des Gehalts etc. erst dann begründet, wenn eine bestimmte Zeit abgelaufen ist und während derselben den Ansprüchen, von deren Erfüllung die Zahlung abhängt, genügt wurde. Bisher wurde deshalb meist zwischen Pensionen und Gehalten unterschieden.[4]) Auch können der Natur der Sache nach solche Gehaltsforderungen ebenso wie Forderungen von Privatbediensteten, Commis u. s. w. nur insoweit zur Konkursmasse gezogen werden, als der Anspruch auf den Bezug bereits zur Zeit der Konkurseröffnung erworben war. Es handelt sich in beiden Fällen nicht um eine durch die Anstellung verliehene Rente, sondern um eine Gegenleistung für die geleistete Arbeit. Ein rechtlicher Unterschied besteht zwischen diesen Fällen nicht. Insbesondere kann man nicht sagen, dass der Beamte bezahlt werde, ob er arbeite oder nicht, während dies bei dem Privatbediensteten nicht der Fall sei. Auch letzterer verliert seinen Gehaltsanspruch nicht ohne weiteres dadurch, dass er faul ist. Wenn er entlassen werden kann, so kann andrerseits gegen den Beamten ein Disciplinarverfahren eingeleitet werden, das unter Umständen auch zur Entlassung führen kann. Der Fortbezug des Gehalts ist in beiden Fällen davon abhängig, dass die Person im Dienste bleibt. Die Vorschriften

[1]) Striethorst, Archiv Bd. 62 S. 337; R.-G. II. (rhein. Recht) 20. Mai 1884, Entsch. Bd. XI. S. 173; ebendas. Bd. XVI. S. 126. A. M. Willenbücher S. 4 a. E. Bezüglich der französischen Rechtsprechung v. noch Juristenzeit. Bd. X. S. 645 ff. und 663 ff.

[2]) R.-G. (I.) 15. Juni 1881, Entsch. Bd. V. S. 115.

[3]) O.-L.-G. Rostock 29. Mai 1884, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 79.

[4]) Schmidt, Handbuch des C.-P. Bd. III. S. 255; Entsch. des Obertrib. Stuttgart v. 10. Okt. 1862 (Württ. Archiv Bd. VI. S. 317 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 15. S. 452 ff.); Boscher im württemb. Arch. Bd. X. S. 341 ff., insbes. S. 412 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 28 S. 230.

der §§ 733 und 734 der C.-P.-O., die in besonderen Erwägungen, nämlich darin ihren Grund haben, dass die vierteljährlich oder monatlich wiederholte Pfändung des Gehalts vermieden und dem zuerst pfändenden Gläubiger sein Pfandrecht gewahrt werden sollte, sind für das Konkursrecht nicht massgebend.[1])

d. Hinsichtlich der Behandlung der über die Dauer des Konkursverfahrens hinausreichenden Bezugsrechte ist § 156 zu vergleichen. Derjenige Erwerb, der zufolge des Besitzes einer zur Konkursmasse gehörigen Sache eintritt, gehört unter allen Umständen zur Konkursmasse. Es fällt deshalb der Gewinn aus einem Lotterie- oder Prämienlos, das der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung erworben hat, nicht ihm, sondern der Konkursmasse zu. Bezüglich des einem Gemeinschuldner zustehenden Anspruchs auf eine Leibrente ist die landesrechtliche Auffassung massgebend. Im gemeinen Recht ist die Ansicht herrschend, dass der Leibrentenanspruch ein einheitlicher sei.[2]) Dagegen wurde nach französischem Recht gemäss Art. 1980 des C. c., nach welchem die Leibrente nur Tag für Tag, und wenn Vorausbezahlung vereinbart ist, vom Fälligkeitstermin an erworben wird, angenommen, dass die als Entschädigung für eine körperliche Verletzung zugesprochene Leibrente nur bis zum Tag der Konkurseröffnung in die Konkursmasse falle.[3])

3) Erbschaften und Vermächtnisse fallen dann nicht in die Konkursmasse, wenn der Erblasser nach Eröffnung des Konkursverfahrens gestorben ist. Starb der Erblasser vor der Konkurseröffnung, so fallen Vermächtnisse für den Gemeinschuldner unter allen Umständen in die Konkursmasse, da hier zwischen Anfall und Erwerb nicht unterschieden wird, sondern im Augenblick des Todes des Erblassers das Vermächtnis für den Vermächtnisnehmer erworben ist. Dagegen entstehen Schwierigkeiten bezüglich der vor Beginn des Konkursverfahrens eröffneten Erbschaften, da das bürgerliche Recht bezüglich des Erwerbs derselben verschiedenartige Vorschriften enthält. Unzweifelhaft fallen solche Erbschaften in die Konkursmasse, wenn die Gesetzgebung, wie das preussische Landrecht I. 9 §§ 367, 368) und das französische Recht (Art. 724 C. c.), von dem deutschrechtlichen Grundsatze ausgeht, dass die Erbschaft dem Erben von Rechts wegen zufalle, ohne dass es einer besonderen Erklärung derselben oder eines Erbschaftsantritts bedürfe. Auch kann in diesem Falle die Erbschaft der Masse nicht dadurch entzogen werden, dass der Erbe nach Eröffnung des Konkursverfahrens auf die Erbschaft oder auf das Vermächtnis verzichtet. Ein solcher Verzicht ist vielmehr nach § 5 als unwirksam anzusehen. Es steht nur dem Konkursverwalter das Recht zu, solche Erbschaften oder Vermächtnisse mit Zustimmung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung für die Masse aufzugeben. (§ 122 Z. 2.) Nur wenn der Verzicht vonseite des Gemeinschuldners schon vor der Konkurseröffnung erfolgte, hat auch in solchen Fällen der Konkursverwalter, sofern die Entsagung nicht von ihm mit Erfolg angefochten wird (§§ 22 ff.), einen Anspruch auf das betr. Vermögen nicht. Anders liegt die Sache nach gemeinem Recht und nach den Gesetzgebungen, die sich demselben angeschlossen haben, da hier zwischen Anfall und Erwerb der Erbschaft unterschieden wird. Auch hier erwerben die sui heredes die ihnen angefallene Erbschaft sofort. Dagegen wird von den übrigen Erben die angefallene Erbschaft erst dadurch erworben, dass sie dieselbe antreten. Dass die betr. Erbschaften dann in die Konkursmasse kommen, wenn der Erbschaftsantritt

[1]) V. v. Sarwey S. 10; v. Wilmowski S. 43; Fitting S. 120; Willenbücher S. 8 u. 9; Eccius Bd. I. S. 794; R.-G. (III.) 7. Nov. 1884, Entsch. Bd. XII. S. 192. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 80; Hullmann S. 50; Stieglitz S. 16; Meisner S. 15; Mandry S. 101.

[2]) V. Urt. des O.-A.-G. Rostock und des O.-L.-G. Hamburg in Seuffert, Arch. Bd. 28 S. 230 und Bd. 40 S. 480; v. Sarwey S. 10; v. Völderndorff Bd. I. S. 79, 80; Stieglitz S. 18. Eine Ausnahme macht das Rentenvermächtnis, das als eine Mehrheit von Vermächtnissen angesehen wird. V. Windscheid Bd. III. S. 412.

[3]) V. O.-L.-G. Zweibrücken 9. Juli 1883, Puchelt's Zeitschr. Bd. 15 S. 266 ff.

vor Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgt ist, versteht sich von selbst. Dagegen ist es zweifelhaft, ob, wenn dies nicht geschehen ist, die Befugnis, die Erbschaft anzutreten, in diesem Falle dem Erben oder dem Konkursverwalter zusteht und ob, sofern die Antretung durch den Erben nach der Konkurseröffnung erfolgte, die Erbschaft in die Konkursmasse fällt, oder dem Erben verbleibt.

Auf eine einheitliche Regelung dieser Frage wurde bei Aufstellung des Entwurfes verzichtet. (M. S. 21 und 22.) Die Reichstagskommission, in welcher mehrfach die Ansicht ausgesprochen wurde, dass die angefallene Erbschaft einen Bestandteil des Vermögens des Erben bilde, lehnte es gleichfalls ab, die in das Erbrecht einschlagenden Fragen in der K.-O. zu erledigen. Es sind deshalb die Fragen einfach nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu entscheiden.

Die Frage, ob im Falle des nach Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgten Erbschaftsantritts durch den Gemeinschuldner die Erbschaft in die Konkursmasse gehört, wird auch nach gemeinem Recht zu bejahen sein. Ursprünglich stand wohl nach römischem Recht der Erbe, dem die Erbschaft angefallen, von dem sie aber noch nicht angetreten war, demjenigen gleich, dem eine Schenkung angeboten war, der sie aber noch nicht angenommen hatte. Diese Auffassung hat sich aber im Laufe der Zeit geändert, wie die Bestimmungen über die Transmission der Erbschaft deutlich erkennen lassen. Soweit diese platzgreift, steht dem Erben, auch wenn er die Erbschaft noch nicht angetreten hat, ein Recht auf die Erbschaft zu, das auf seine Erben übergeht und sonach einen Bestandteil seines Vermögens bildet. Jedenfalls liegt der Rechtsgrund, zufolge dessen der Erwerb erfolgt, nicht in dem nach der Konkurseröffnung ausgesprochenen Willen des Erben, sondern im Gesetz oder im Willen des Erblassers. Es ist der Erwerb gewissermassen von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Erbe die Erbschaft auch erwerben wolle und dies ausdrücklich erklärte. Der Eintritt dieser Bedingung muss aber hier wie in andern Fällen die Wirkung haben, dass der Erwerb vom Augenblick des Anfalls besteht, d. h. es muss derselbe derart zurückwirken, als wenn der Antritt sofort nach erfolgtem Anfall geschehen wäre. Auch wenn diese Auffassung nicht als richtig angesehen wird, muss doch zugegeben werden, dass der Erbe, der die Erbschaft antritt, vom Augenblick des Todes des Erblassers an als Erbe angesehen wird, der Erbschaftsantritt also ebenso wirkt, wie wenn der Anfall als bedingter Erbschaftserwerb aufgefasst wird. Das ganze Erbrecht ist von dem Grundsatz beherrscht, dass das Vermögen durch den Tod des Besitzers niemals herrenlos wird und dessen Verpflichtungen nicht erlöschen, vielmehr zwischen den Rechten und Verpflichtungen des Erblassers und denen des Erben eine Kontinuität stattfindet, welche im römischen Recht durch die Annahme der „hereditas jacens“ aufrecht erhalten wird. [1]) Dieser Grundsatz, der in allen übrigen Richtungen seinen Einfluss äussert, muss auch hier durchschlagen und zur Annahme führen, dass der Gemeinschuldner, der nach der Konkurseröffnung eine ihm früher angefallene Erbschaft antritt, dieselbe nicht für sich, sondern für die Konkursmasse erwirbt. [2]) Da auch der Vertragserbe erst durch den Antritt erwirbt (Entsch. des R.-G. Bd. IV. S. 172), entsteht für ihn die nämliche Frage wie bei den gewöhnlichen Erben.

[1]) V. Savigny, System Bd. II. § 102, S. 363 ff. und Bd. III. § 120, S. 152; Sintenis, Prakt. Civilrecht Bd. I. § 20, S. 165 (Anm. 10) und Bd. III. S. 499; Windscheid, Pandekten § 531 Bd. III. S. 13; Arndts § 521, S. 735 ff.); Köppen, Erbrecht S. 273.

[2]) Von diesem Gesichtspunkte aus hat auch das Tribunal in Celle (Tribunalsentscheid. Bd. VI. Nr. 207, S. 374) am 12. Mai 1863 erkannt, dass eine vor Eröffnung des Konkurses angefallene und während des Verfahrens vom Gemeinschuldner angetretene Erbschaft in die Konkursmasse gehöre, weil zwar der Anfall noch nicht den wirklichen Erwerb vermittele, aber der Zeitpunkt der geschehenen Antretung auf den Zeitpunkt des Anfalls gesetzlich zurückgezogen werde. Boscher a. a. O. württ. Arch. Bd. 10 S. 413) macht zwar unter Bezugnahme auf eine Entscheid. des Gerichtshofs in Ulm geltend, es müsse der Zeitpunkt der Annahme entscheiden, da sich die Wirkungen der Rückziehung des Erbschaftserwerbs auf die Zeit des Todes des Erblassers nur auf

Aus diesem Grundsatz folgt aber nicht, dass wenn der Erbe es unterlässt, die Erbschaft anzutreten, oder ausdrücklich auf den Erwerb verzichtet, nun der Konkursverwalter berechtigt ist, statt desselben die Erbschaft für die Konkursmasse zu erwerben. [1]) Selbst wenn man annimmt, dass das Recht auf Verwirklichung des Erwerbs, der dem Gemeinschuldner kraft Gesetzes oder zufolge des Willens des Erblassers zugefallen ist, als Bestandteil von dessen Vermögen anzusehen sei, so ist doch dieser Erwerb an die Bedingung geknüpft, dass der Erbe auch wirklich Erbe werden wolle, und diese Bedingung kann, sofern nicht besondere Vorschriften bestehen, welche den Erwerb auch andern Personen z. B. den präsumtiven Rechtsnachfolgern oder Gläubigern des Erben gestatten, nur vom Erben selbst erfüllt werden. Das Recht über die Annahme bezw. Ablehnung der Erbschaft zu entscheiden, ist nach römischem Recht ein höchstpersönliches Recht des Erben und wenn er ablehnt, ist es selbst bei dem suus heres so anzusehen, als ob er niemals Erbe gewesen wäre. Die Unterlassung des Erbschaftsantritts kann hier nicht als eine nach § 5 K.-O. nichtige Verfügung des Erben über die Konkursmasse angesehen werden. Vielmehr fällt dadurch die Erbschaft den übrigen Erbberechtigten zu und ist nur dann für die Konkursmasse etwas zu erlangen, wenn nachgewiesen werden kann, dass die Erbschaft in Wirklichkeit vom Gemeinschuldner angenommen wurde, aber zwischen den Erben ein betrügerisches Abkommen besteht, vermittelst dessen der Erbteil des Gemeinschuldners diesem erhalten und der Konkursmasse entzogen werden soll. Bezüglich der Frage, ob ein Verzicht des Erben auf die Erbschaft der Anfechtung unterliegt, v. man Bem. I. 4 zu § 22.

Was dem Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens kraft Anwachsungsrechtes zufällt, erwirbt er auf Grund der frühern Berufung und zwar ist der Anwachsungsberechtigte auch hier so zu behandeln, als habe ihm das Anwachsende von Anfang an gehört, was sich auch sonst als praktisch erweist, indem den Erben des Anwachsungsberechtigten anwächst. Da die Anwachsung sogar gegen den Willen des Erben stattfindet, ist die Auffassung gerechtfertigt, das Anwachsende sei schon mit dem vorausgegangenen Erbschaftserwerb (bedingt) erworben. Das Anwachsende fällt also in die Masse, wenn die Erbschaft vor der Konkurseröffnung angefallen ist. Ebenso wird die im Lauf des Konkursverfahrens auf den Gemeinschuldner als Erben des Berufenen transmittierte Erbschaft in die Masse fallen, wenn die Erbschaft, durch welche die Transmission begründet wird, diesen Weg gegangen ist. Voraussetzung für den Übergang ist, dass der durch Transmission Berufene Erbe des ursprünglichen Berufenen geworden ist; das Recht auf Transmission wird also durch den Erwerb der Erbschaft wie ein Bestandteil derselben erworben. Bezüglich der transmissio ex jure patruo und ex capite infantiae entscheidet dagegen der Zeitpunkt des Erwerbs der transmittierten Erbschaft.

Das durch Schenkung von Todeswegen Erworbene fällt auch dann in die Masse, wenn das Nichtüberleben des Schenkgebers als aufschiebende Bedingung gewollt war und dieser während des Konkurses des Beschenkten stirbt. (V. Bem. III. 2.) Stirbt der Beschenkte während des Konkurses, so ist dagegen die Bedingung nicht eingetreten und die Masse erhält nichts. War die Bedingung als auflösende gewollt und stirbt während des Konkurses des Beschenkten dieser vor dem Schenker, so wird es von den Umständen abhängen, ob von dem Erben ein Aussonderungsrecht oder nur eine Konkursforderung geltend gemacht werden kann. Im Konkurs des Schenkers kommt § 56 Z. 4 zur Anwendung.

das Verhältnis des Erben zu dem auf ihn übergegangenen Aktiv- und Passivvermögen erstreckten. Für eine derartige Unterscheidung fehlt aber jeglicher Grund. Die Entscheidung des Tribunals Celle billigt Hullmann § 1 Bem. 9 S. 51. V. auch Köppen a. a. O. A. M. sind: v. Sarwey S. 8; Wengler S. 60 u. 61; v. Völderndorff Bd. I. S. 83; v. Wilmowski S. 44; Fitting S. 126; Stieglitz S. 18; Willenbücher S. 9 lit. c.

[1]) So auch das R.-G. (I.) 16. April 1881, Entsch. Bd. IV. S. 172 ff., bes. 174. Anders erkannte bez. des pr. Rechts das R.-O.-H.-G. durch Url. vom 23. Okt. 1874, Entsch. Bd. 14 S. 345.

4) Da in die Masse nach § 1 nur das zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandene Vermögen des Gemeinschuldners fällt, die Konkursgläubiger sich also, solange das Verfahren dauert, nur an die Masse zu halten haben (v. Bem. zu § 11), andererseits aber auch nur diejenigen Gläubiger an dem Konkursverfahren teilnehmen können, „welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben“ (§ 2), so regeln sich die Ansprüche der frühern und spätern Gläubiger in einfacher Weise. Während die Konkursmasse lediglich zur Befriedigung der „Konkursgläubiger“ dient (Bem. IV. zu § 2), haben bis zur Beendigung des Konkursverfahrens die Gläubiger, deren Ansprüche erst nach der Konkurseröffnung entstanden sind, einen ausschliesslichen Anspruch auf das Vermögen, das der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkurses erworben hat, bezw. das ihm durch Erbschaft u. s. w. zugefallen und von der Konkursmasse ausgeschlossen ist. Sie können ihren Schuldner in der gesetzlich zulässigen Weise (v. jedoch § 11) zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anhalten, und wenn er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, eine neue Konkurserklärung veranlassen. An diesem zweiten Konkurs nehmen dann bloss diejenigen Gläubiger teil, welche an dem frühern Konkurse nicht schon mit denselben Forderungen beteiligt und doch nach § 2 bezüglich der zweiten Konkursmasse als „Konkursgläubiger“ anzusehen sind. Ebenso ist es zu halten, wenn es zu einem weitern Konkurse kommen sollte. Ist dagegen das anhängige Konkursverfahren aufgehoben worden (§§ 151 und 188 ff.), so behalten die Konkursgläubiger bezüglich desjenigen Teils ihrer Forderungen, für den sie nicht befriedigt wurden, falls sie nicht darauf verzichtet haben, oder durch Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) beschränkt sind, ihre Rechte als Gläubiger. Sollte es nach Aufhebung des ersten zu einem zweiten Konkurse kommen, so würde also zwischen diesen und den spätern Gläubigern kein Unterschied bestehen, sondern sie würden alle als Konkursgläubiger anzusehen sein.

IV. Besondere Bestimmungen bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder. (Abs. 2 des §.)

1) Der dem Gemeinschuldner zustehende Niessbrauch fällt schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in die Konkursmasse. (Bem. I. 3.) Bezüglich des gesetzlichen Niessbrauchs, der dem Gemeinschuldner am Vermögen seiner Ehefrau bezw. Kinder zusteht, enthält das bürgerliche Recht häufig die Bestimmung, dass die Gläubiger auf solche Nutzungen keinen Anspruch haben, dieselben vielmehr von der Konkursmasse ausgeschlossen sein sollen. Deshalb bestimmt die K.-O., die in dieser Beziehung einheitliches Recht schaffen will, dass auch ein derartiger Niessbrauch in die Konkursmasse fällt, und beseitigt dadurch alle entgegenstehenden Vorschriften des bürgerlichen Rechtes.[1]) In den Motiven (S. 22 und 23) wurde die Vorschrift damit gerechtfertigt, dass die Nutzungen Gegenstand der Zwangsvollstreckung seien und die Ausübung des Niessbrauchsrechtes von der Person des Gemeinschuldners getrennt werden könne. Ein Antrag, nach welchem das bürgerliche Recht darüber entscheiden sollte, ob ein Niessbrauch der fraglichen Art zur Konkursmasse gehöre, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt.

Dass die Vorschrift des § nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn der Niessbrauch am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder ungeachtet des Konkurses fortbesteht, die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, welche denselben mit der Konkurseröffnung erlöschen lassen, also in Kraft bleiben, ist schon nach dem Wortlaut des Gesetzes („welcher nach den Landesgesetzen zusteht“) unzweifelhaft. Es wurde dies aber auch in den Motiven (S. 23) hervorgehoben und in der Reichstagskommission (S. 4 und 5) mehrfach anerkannt.

2) Da das in Frage stehende Niessbrauchsrecht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört und dessen Verwaltung nach § 5 dem Konkursverwalter zusteht, wird das Niessbrauchsrecht durch den Verwalter ausgeübt und hat dieser die dem Niessbrauch unter-

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 85; v. Wilmowski S. 45; Stieglitz S. 21; Willenbücher S. 10.

worfenen Güter in Besitz zu nehmen und zu verwalten. Dies wurde auch in der Reichstagskommission als selbstverständlich bezeichnet (K. S. 5) und tritt nach der jetzigen Fassung noch schärfer als nach der des Entwurfes hervor. Der Gemeinschuldner muss sich wegen des von ihm zu beanspruchenden Unterhaltes an den Konkursverwalter wenden und kann keineswegs selbst die Nutzungen beziehen. Zu Zweifeln giebt die Frage Veranlassung, ob bloss diejenigen Nutzungen in die Konkursmasse fallen, welche während der Dauer des Konkursverfahrens bezogen werden können oder ob die Ausübung des Niessbrauchs für die ganze Dauer des letzteren zugunsten der Konkursmasse veräussert werden kann. Für die zweite Auffassung spricht an sich die Natur der Sache, da der Niessbrauch ein dingliches Recht an einer fremden Sache ist, das als solches einen selbständigen Vermögenswert hat und dessen Veräusserung, soweit sie überhaupt gestattet ist, an sich auch dem Konkursverwalter zustehen muss. Der Vorschrift des § liegt aber eine andere Auffassung zu Grunde. In § 93 der pr. K.-O. war ausdrücklich gesagt: „Das dem Niessbrauch des Gemeinschuldners unterworfene Vermögen seiner Ehefrau wird, solange das Niessbrauchsrecht des Gemeinschuldners während des Konkurses dauert, für Rechnung der Konkursmasse verwaltet; die Nutzungen fliessen zur Konkursmasse, soweit sie nicht zum standesgemässen Unterhalt der Frau und der Kinder, sowie zur Erziehung der letztern verwendet werden müssen.“ Auch war es unter der Herrschaft dieses Gesetzes unzweifelhaft, dass die Nutzungen aus dem Vermögen der Ehefrau nur während der Dauer des Konkurses in die Konkursmasse fliessen. [1]) In den Motiven (S. 23) wurde diese Vorschrift der pr. K.-O. ausdrücklich als Quelle für die Bestimmungen des Abs. 2 bezeichnet und nach Mitteilung derselben bemerkt: „Der Entwurf schlägt ein Gleiches vor für alle Arten eines gesetzlichen Niessbrauchs des Gemeinschuldners.“ Da diese Absicht des Gesetzgebers im Gesetz selbst einen, wenn auch nicht ganz deutlichen, Ausdruck gefunden hat („während der Dauer des Verfahrens“), so wird Abs. 2 des § in derselben Weise, wie § 93 der pr. K.-O. auszulegen sein. Bei Aufstellung des Entwurfes stand man einer verschiedenartigen Auffassung gegenüber und hatte, wie es scheint, zunächst die Ansicht im Auge, dass das am Vermögen der Ehefrau oder der Kinder bestehende Niessbrauchsrecht gar nicht zur Konkursmasse gehöre. Die während des Konkursverfahrens fällig werdenden Erträgnisse sollten aber der Masse zugewiesen werden. [2]) Nach dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatz ist Abs. 2 nicht anwendbar auf Sachen, welche die Ehefrau erst nach der Konkurseröffnung erworben hat. [3])

3) Nach Abs. 2 Satz 2 des § steht dem Gemeinschuldner, wie auch in den Motiven (S. 23, 24) hervorgehoben wurde, bezüglich dieses Bestandteils der Masse ein beneficium competentiae zu in Gestalt eines vom Belieben der Gläubiger und des Konkursverwalters unabhängigen Rechtes auf die zu seinem, seiner Ehefrau und seiner Kinder angemessenen Unterhalt erforderlichen Mittel. Diese Mittel hat der Konkursverwalter zu gewähren, der auch in erster Linie zu bestimmen hat, welche Summe zur Bestreitung eines angemessenen Unterhaltes erforderlich ist. Das Gesetz schreibt nicht vor, dass die Nutzungen bloss insoweit in die Masse fallen, als sie für den Unterhalt nicht erforderlich sind. Vielmehr bilden dieselben einen Bestandteil der Masse und sind demnach dem Verwaltungsrecht des Konkursverwalters unterworfen, der die Zinsen, Mietzinsen u. s. w. einzuziehen, die Früchte zu ernten und aus den eingegangenen Geldern die Mittel zum Unterhalt zu gewähren hat. [4])

[1]) V. Goltdammer, Kommentar zur pr. K.-O. § 93 S. 240 ff.; Wentzel und Klose ib. S. 204 ff.; Hahn ib. S. 59 Anm. 63.

[2]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 85, 91 ff.; v. Wilmowski S. 45; Willenbücher S. 9; Fitting S. 118; Meves S. 18; Mandry S. 101. A. M. v. Sarwey S. 15; Stieglitz S. 25; Meisner S. 22.

[3]) V. R.-G. (III.) 16. Okt. 1885, Entsch. Bd. XV. S. 8.

[4]) V v. Wilmowski S. 44; v. Völderndorff Bd. I. S. 93; Stieglitz S. 21; Eccius, Bd. I. S. 794 § 116 Anm. 17.

Kommt bezüglich der Höhe des zu gewährenden Betrages eine Übereinkunft zwischen dem Gemeinschuldner und dem Konkursverwalter nicht zustande, so kann der erstere, der ungeachtet der Konkurseröffnung handlungsfähig und prozessfähig ist (Bem. I. 2 zu § 5), auf Grund des persönlich ihm zustehenden Anspruchs gegen den Konkursverwalter, dem die Verpflichtung zur Gewährung der Mittel obliegt, Klage erheben.[1]) Dem Gemeinschuldner steht auf Gewährung dieses Unterhaltes, der sich wesentlich von dem Unterhalt unterscheidet, welcher nach den §§ 118 und 120 gewährt werden kann, ein Rechtsanspruch zu. Dieser Anspruch ist auf Befriedigung aus der Masse gerichtet und deshalb als Masseschuld zu behandeln, obgleich derselbe unter keine der in § 52 enthaltenen Vorschriften passt und auch § 53 auf denselben nicht zutrifft, weil er auf Befriedigung aus einem gewissen Teil der Masse („den Nutzungen") gerichtet ist. Die Verpflichtung der Masse ergiebt sich eben aus § 1 Abs. 2. Von den unterhaltsberechtigten Angehörigen des Gemeinschuldners kann ein Anspruch dem Konkursverwalter gegenüber nicht direkt geltend gemacht werden.[2]) Um einen eigentlichen Absonderungsanspruch, wie v. Sarwey annimmt, handelt es sich nicht.[3]) Für die Höhe der zu gewährenden Bezüge sind, da ein „angemessener", nicht ein „notdürftiger" Unterhalt gewährt werden soll, zunächst die Lebensverhältnisse des Gemeinschuldners massgebend. Reichen die Nutzungen nicht einmal zur Bestreitung des notdürftigen Unterhaltes, so kommen neben § 1 Abs. 2 die §§ 118 und 121 zur Anwendung. Andernteils findet aber § 1 Abs. 2 nur insoweit Anwendung, als die aus den Nutzungen zu gewährenden Mittel zu einem angemessenen Unterhalt erforderlich sind. Sofern der Gemeinschuldner aus anderen, nicht in die Masse fliessenden Quellen Unterhalt bezieht, weil z. B. die Landesgesetzgebung vorschreibt, dass die Allodial- oder Fideikommissgläubiger den Unterhalt gewähren müssen, werden hienach die Nutzungen der Masse in geringerem Umfange oder gar nicht entzogen.[4])

Damit § 1 Abs. 2 zur Anwendung kommt, wird bloss vorausgesetzt, dass die Nutzungen zum angemessenen Unterhalt des Gemeinschuldners bezw. seiner Ehefrau oder Kinder erforderlich sind. Darauf kommt nichts an, ob die letzteren Personen an sich ein Recht auf die Nutzungen aus dem in Frage stehenden Vermögen haben. Wenn der Niessbrauch am Vermögen eines Kindes erster Ehe in Frage steht, ist demnach aus demselben auch der Unterhalt der zweiten Ehefrau und der Kinder zweiter Ehe sowie der etwa vorhandenen unterhaltsbedürftigen Eltern zu bestreiten u. s. w. Wenn der Niessbrauch des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar auf dem Gesetze beruht, dem sich die Ehegatten durch Ehevertrag unterworfen haben, so kommt die Vorschrift des § 1 Abs. 2 dessenungeachtet zur Anwendung. Ein solcher Niessbrauch hat immerhin in dem Gesetze seinen Grund. Dagegen kann die erwähnte Vorschrift nicht zur Anwendung kommen, wenn der Niessbrauch gar nicht auf dem Gesetze, sondern nur auf einer vertragsmässigen oder letztwilligen Verfügung beruht, welche mit dem ehelichen Güterrecht in keinem Zusammenhang steht. Hat z. B. die Ehefrau durch Ehevertrag oder Testament bestimmt, dass nach ihrem Tode dem Ehemanne die Nutzniessung an einem Teile des Vermögens zustehen solle, das dem Eigentum nach ihren Kindern oder sonstigen Verwandten zufällt, so hat der Gemeinschuldner, wenn er nach dem Tode der Ehefrau in Konkurs gerät, keinen Anspruch auf eine Kompetenz, wie sie § 1 Abs. 2 bewilligt, und ebensowenig steht ein solcher Anspruch den Kindern zu. Die

[1]) V. v. Sarwey S. 16; v. Wilmowski S. 47; Stieglitz S. 24; Willenbücher S. 10 Nr. 10; Fitting S. 119 Anm. 7; Meisner S. 19. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 94, der eine Klage nicht einräumen, sondern die Entscheidung über die Höhe den Gläubigern überlassen will.

[2]) O.-L.-G. Dresden 8. März 1887 Anm. d. sächs. O.-L.-G. Bd. VIII. S. 469 ff., bes. 473.

[3]) V. hiezu: v. Sarwey S. 16; v. Völderndorff Bd I. S. 94; v. Wilmowski S. 47; Fitting S. 131 Anm. 14; Willenbücher S. 10; Dernburg Bd. II. S. 293 § 117 Anm. 25.

[4]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 95, 96.

Verwendung der Nutzungen ist vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen. Nur wenn dem Ehemann die Verpflichtung auferlegt worden sein sollte, aus den Nutzungen den Unterhalt bezw. die Erziehung der Kinder zu bestreiten, würde die Ausgabe hiefür zunächst aus den Nutzungen zu bestreiten und nur der Überschuss in die Konkursmasse zu ziehen sein (Bem. II. 2). Verschieden von dem bisher erörterten Falle ist derjenige, der sich ergiebt, wenn eine Handelsfrau in Konkurs gerät und dem Ehemann nach den Landesgesetzen ein Niessbrauch an deren Vermögen zusteht. Nach Art. 8 Abs. 2 des H.-G.-B. haftet die Handelsfrau für die „Handelsschulden mit ihrem ganzen Vermögen ohne Rücksicht auf die Verwaltungsrechte und den Niessbrauch oder die sonstigen an diesem Vermögen durch die Ehe begründeten Rechte des Ehemanns.“ Auf obigen Fall kann sonach, abgesehen davon, dass es sich nicht um ein dem Gemeinschuldner zustehendes, sondern um ein an seinem Vermögen begründetes Nutzniessungsrecht handelt, § 1 Abs. 2 der K.-O. schon deshalb weder unmittelbare noch entsprechende Anwendung finden, weil der Niessbrauch des Ehemanns durch den Konkurs der Ehefrau deren Gläubigern gegenüber derart seine Wirksamkeit verliert, dass nicht einmal eine Konkursforderung (§ 63 K.-O.) geltend gemacht werden kann. Auch wenn man annimmt, dass der Niessbrauch des Ehemanns durch den Konkurs der Ehefrau nicht untergeht, stellt sich obiges Ergebnis heraus. Jedenfalls schliesst Art. 8 H.-G.-B. den Anspruch des Ehemanns auf Unterhaltsgewährung aus der Konkursmasse aus. Diese im Interesse der Gläubiger der Ehefrau getroffene reichsrechtliche Vorschrift ist aber durch die K.-O. nicht beseitigt worden. (§ 3 E.-G. zur K.-O.)[1])

§ 2.

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben (Konkursgläubiger).

(E. § 2; M. S. 25 ff.; K. S. 8; pr. K.-O. § 2.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. *Zweck des Konkursverfahrens. Konkursanspruch.*

Der Zweck des Konkursverfahrens wird im § durch die Vorschrift bestimmt, dass die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger dient. Die Art und Weise, in welcher diese Befriedigung zu erfolgen hat, ergiebt sich aus dem Zweck des Verfahrens. Das Gesetz sucht die einzelnen Gläubiger dagegen zu schützen, dass ihre Befriedigung nicht durch Verschleuderung des Vermögens seitens des Gemeinschuldners, Hinzutritt neuer Schulden oder Begünstigung einzelner Gläubiger beeinträchtigt werde. Der aus dem Zahlungsunvermögen des Schuldners und dem Zusammentreffen verschiedener Forderungen entstehende Anspruch auf gesetzliche Verteilung des vorhandenen Vermögens unter sämtliche Gläubiger, welcher den Konkurs begründet und durch das Konkursverfahren verwirklicht werden soll, wird in den Motiven der „Konkursanspruch“ genannt. (S. 14, 15.) Diese Begriffsbestimmung, die Schultze (Konkursr. S. 11 ff.) als Grundlage für die Konstruktion des ganzen Konkursrechtes verwerten will und die auch im übrigen vielfach Zustimmung gefunden hat, [2]) kann aber nicht gebilligt werden, soweit der

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 93.

[2]) V. Wilmowski, K.-O. S. 9 u. jur. Wochenschr. 1879 S. 227; Stieglitz, Einl. § 3 S. XIX. Eccius Bd. I. S. 788 § 115; Hartmann, Anfechtung S. 3; v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation im Konkurs S. 50 ff.

„Konkursanspruch“ als ein besonderer, materiell-rechtlicher Anspruch aufgefasst und aus demselben das Anfechtungsrecht abgeleitet wird. Nach § 2 werden im Konkurs lediglich die schon vor der Konkurseröffnung begründeten, vermögensrechtlichen Ansprüche, nicht ein durch die Zahlungsunfähigkeit begründeter „Konkursanspruch“, dessen Gegenstand die Masse wäre, geltend gemacht. Die Konkursgläubiger können nur Befriedigung der ihnen gegen den Gemeinschuldner zustehenden Vermögensansprüche (Forderungen) aus der Konkursmasse, und zu diesem Zweck unter bestimmten Voraussetzungen Eröffnung des Konkursverfahrens verlangen. Ein anderer Anspruch auf die Masse steht ihnen nicht zu. Dass der sogen. Konkursanspruch ebensowenig wie der „Exekutionsanspruch“ als ein selbständiger materiell-rechtlicher Anspruch anzusehen ist, ergiebt sich auch aus der Vorschrift des § 99 K.-O., denn die Existenz eines materiellen Anspruchs kann nicht von dem Vorhandensein hinreichender Befriedigungsmittel abhängen. Man kann den Konkursanspruch hienach nur als Bezeichnung für eine besondere Funktion des allgemeinen Anspruchs auf prozessualischen Rechtsschutz gelten lassen. Allein wegen der naheliegenden Gefahr, dass mit dem Ausdruck eine missbräuchliche Bedeutung verbunden wird, ist derselbe, zumal ein Bedürfnis zur Differenzierung des Rechtsschutzanspruchs nicht besteht, [1]) besser zu vermeiden. [2])

2. *Rechtliche Stellung der Konkursgläubiger.*

Das Rechtsverhältnis, in dem die Konkursgläubiger zum Gemeinschuldner stehen, wurde von der Rechtslehre in verschiedener Weise aufgefasst. Während früher vielfach ein Eigentumsübergang auf die Gläubiger behauptet wurde, war in neuerer Zeit diese Auffassung fast allgemein aufgegeben und die Annahme verbreitet, dass den Gläubigern kraft der Konkurseröffnung und der in ihr enthaltenen Beschlagnahme am Vermögen des Gemeinschuldners ein Pfandrecht zustehe. Die K.-O. hat sich aber aus den in den Motiven (S. 15 und 16) ausführlich dargelegten Gründen weder der einen noch der andern Annahme angeschlossen. (V. noch Bem. I. zu § 5.) Es wurde weder eine Rechtsnachfolge der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners noch ein dingliches Recht derselben an diesem Vermögen für notwendig gehalten, sondern erschien als genügend, dass die Konkursmasse zur ausschliesslichen und gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger diene. [3])

Ebenso wurde die Auffassung, dass die Gesamtheit der Gläubiger eine juristische Person bilde, verworfen (M. S. 17 ff.) und mit Rücksicht darauf der Ausdruck „Gläubigerschaft“ vermieden. [4]) Auch für die in den Motiven angenommenen „communio incidens“ unter den Konkursgläubigern gewähren die gesetzlichen Vorschriften keinen Halt. Bezüglich der Masse kann von einer unter den Gläubigern bestehenden materiellen Rechtsgemeinschaft keine Rede sein, da jene Vermögen des Gemeinschuldners bleibt, den Gläubigern sonach an derselben gar keine Rechte zustehen, sondern sie nur verlangen

[1]) A. M. Stein, Der Urkunden- und Wechselprozess § 4.

[2]) V. Fitting § 4 S. 17 Anm. 7. Dernburg Bd. II. S. 263 § 111 Anm. 2; Mandry S. 307 Anm. 46; Wach, Handbuch Bd. I. S. 21; Hellmann, Lehrbuch S. 967; Otto S. 19; Grützmann S. 178 ff.; Cosack S. 18; Menzel S. 176; Weismann, Hauptinterv. S. 149 Anm. 28. Letzterer schreibt den Gläubigern ein Recht an der Konkursmasse zu, um § 6 zu erklären.

[3]) V. auch Kohler in Krit. V. Bd. 22 S. 383 Anm. u. Gruchot's Beitr. Bd. 31 S. 524; v. Völderndorff in Busch's Zeitschr. Bd. VI. S. 171; ferner Reichsger. Entsch. Bd. III. S. 417, Bd. XIII. S. 300. V. dagegen Menzel S. 243 Anm. 10. Loth. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 81 ff. 176 ff. verteidigt neuerdings eingehend die Pfandrechtstheorie.

[4]) Im Gegensatz zu der obigen Auffassung hat v. Canstein in Grünhut's Zeitschrift Bd. IX. S. 461 ff. und 467 ff. die Ansicht aufgestellt, dass die Konkursgläubigerschaft als eine der Handelsgesellschaft, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft u. s. w. zu vergleichende Personengesamtheit mit Sondervermögen anzusehen sei. V. dag. Petersen in Busch's Zeitschr. Bd. IX. S. 27 ff.; v. Wilmowski S. 9; v. Völderndorff Bd. I. S. 39; Hellmann, Lehrbuch S. 966.

können, aus derselben befriedigt zu werden. [1]) Aber auch dieser Anspruch auf Befriedigung wird von jedem einzelnen Gläubiger bezüglich seiner Forderung in selbständiger Weise geltend gemacht. Ein gemeinsames Befriedigungsrecht besteht ebensowenig wie ein gemeinsamer Konkursanspruch. Vielmehr wird durch das Konkursverfahren nur eine Interessengemeinschaft unter den einzelnen Gläubigern begründet und üben dieselben die ihnen bezüglich der Kontrolle des Konkursverwalters eingeräumten Befugnisse in der Gläubigerversammlung aus, so dass in dieser Beziehung von einer äusserlichen, prozessualischen Gemeinschaft gesprochen werden kann, welche Ähnlichkeit mit der Streitgenossenschaft zwischen Prozessparteien hat. [2])

3. *Konkursgläubiger.*

Als Konkursgläubiger werden in der K.-O. nicht bloss diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen im Konkurse angemeldet und am Konkursverfahren teilgenommen haben, sondern alle Gläubiger bezeichnet, welche befugt sind, an dem Konkursverfahren teilzunehmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie sich thatsächlich an dem Verfahren beteiligen oder nicht. (M. S. 26.) Nach § 2 gehören zu diesen Personen nur solche Gläubiger, welche:

1) als persönliche Gläubiger anzusehen sind;

2) einen Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben;

3) deren Anspruch zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründet ist.

Als weitere Voraussetzung ergiebt sich aus § 56, dass die Forderung auf einem belastenden Rechtstitel beruhen muss, da nach Z. 4 dieses § Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todes wegen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können.

II. Persönliche Gläubiger.

Als persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, wie der Ausdruck selbst klar erkennen lässt und in den Motiven (S. 25) hervorgehoben wurde, diejenigen Gläubiger anzusehen, „die, ohne dingliche Macht über einzelne Sachen, sich an die Person ihres Schuldners und dessen Vermögen halten müssen“. Nur diejenigen Gläubiger, welche ihre Befriedigung aus dem Gesamtvermögen des Gemeinschuldners suchen, sind also zu den Konkursgläubigern zu rechnen. Dagegen sind vom Konkursverfahren diejenigen Personen ausgeschlossen, welche lediglich die Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse beanspruchen (§§ 35 ff.), oder welche ausschliesslich auf Grund eines dinglichen oder sonstigen Rechts auf bestimmte zur Konkursmasse gehörige Gegenstände aus diesen abgesonderte Befriedigung suchen (§§ 39 ff.). Sofern und soweit dieser Anspruch den betr. Gläubigern keine volle Befriedigung verschafft, können auch Absonderungsberechtigte noch als Konkursgläubiger auftreten. (§ 57).

Dass die Konkursforderung eine Schuldforderung sein muss, ergiebt sich schon aus der hier dargelegten Auffassung, wird aber vollständig klar durch die späteren Erörterungen (V. Bem. III. 1—3.)

III. Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner.

1) Da es sich bei dem Konkursverfahren lediglich um Befriedigung der Gläubiger aus dem Vermögen des Gemeinschuldners (der Konkursmasse) handelt, können in demselben nur solche Ansprüche in Betracht kommen, deren Befriedigung aus diesem Vermögen überhaupt erfolgen kann. Damit diese Voraussetzung vorliege, muss aber „die Forderung auf

[1]) Eine Gemeinschaft hinsichtlich der Masse selbst scheint Weismann (Hauptintervention S. 149 Anm. 28) anzunehmen, der, um den Verwalter als unmittelbaren Vertreter der Gläubiger auffassen zu können, den Satz aufstellt, den Konkursgläubigern stehe ein Recht an der Masse zu.

[2]) V. hiezu Schultze, Konkursr. S. 13 ff.; v. Sarwey S. 30; v. Wilmowski S. 30; Fitting § 5 Anm. 17 S. 33; Hellmann, Lehrbuch S. 966. An der Auffassung der Motive halten fest: Stieglitz S. 26 und mit einer gewissen Beschränkung v. Völderndorff Bd. I. S. 37.

Geld gerichtet oder in eine Geldforderung verwandelt sein, oder wenigstens in Geld geschätzt und verwandelt werden können." (M. S. 25.) Wo ein solcher Anspruch nicht in Frage steht, liegt auch keine Konkursforderung vor. Wird dagegen eine Forderung geltend gemacht, die diesen Voraussetzungen entspricht, so kommt es im übrigen weder auf den Inhalt noch auf den Rechtsgrund der Verbindlichkeit an. (M. S. 25.) Es ist hienach unerheblich, ob der Anspruch aus einem Rechtsgeschäft oder unmittelbar aus dem Gesetz oder aus einer Rechtsverletzung entspringt. Im letzteren Falle liegt eine Konkursforderung jedoch nur insoweit vor, als der Anspruch auf Schadenersatz, nicht auf Strafe gerichtet ist. (§ 56 Z. 3.) Die elsass-lothringischen Sterbfallgebühren begründen eine Forderung der Landeskasse gegen die Erben, können sonach wohl im Konkurs über deren Vermögen nicht aber im Konkurs über den Nachlass geltend gemacht werden. [1])

2) Dass Ansprüche, welche ihrem Inhalte nach gar nicht auf das Vermögen gerichtet sind und weder dessen Vermehrung noch dessen Erhaltung bezwecken, sondern lediglich die Anerkennung oder Nichtanerkennung eines familienrechtlichen Verhältnisses (z. B. der Vaterschaft oder Kindschaft, der elterlichen Gewalt, des Bestehens einer Ehe u. s. w.) zum Gegenstande haben, nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, ist selbstverständlich. Auch wenn die Geltendmachung eines derartigen Anspruchs, wie es bei den Klagen auf Ehescheidung oder Gütertrennung sowie bei denjenigen auf Verlustigerklärung der väterlichen oder eheherrlichen Gewalt, oder der Verwaltungsbefugnisse des Ehemanns, des elterlichen oder eheherrlichen Nutzniessungsrechtes u. s. w. der Fall ist, das Vermögen des Gemeinschuldners unmittelbar berührt, sind die Ansprüche immerhin persönlicher Natur und nicht als Schuldforderungen anzusehen, folglich nicht im Konkursverfahren, sondern im Weg der Klage gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen.

Handelt es sich um einen wirklichen Vermögensanspruch, d. h. um eine Forderung an Geld oder Geldeswert gegen den Gemeinschuldner, z. B. einen Anspruch auf Gewährung von Unterhalt, so kann derselbe dagegen auch dann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn er in einem familienrechtlichen Verhältnis (der Vaterschaft etc.) seinen Rechtsgrund hat. Besonders ist der in einzelnen Gesetzgebungen gemachte Unterschied zwischen „gesetzlichen Alimentenansprüchen" und solchen Ansprüchen, die auf Vertrag oder letztem Willen beruhen, nach der Konkursordnung nicht begründet. (M. S. 25.) Es kommt jedoch bei allen derartigen Forderungen darauf an, ob sie zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens, wenn auch bedingt oder betagt, als vorhanden gelten, oder ob man annehmen muss, dass sie erst durch den Zeitablauf jedesmal von neuem entstehen. (V. Bem. IV. 5.)

3) Aus dem in Bem. 1 erörterten Grundsatze folgt, „dass Ansprüche gegen den Gemeinschuldner auf Leistung oder Unterlassung einer individuellen, von seiner Person untrennbaren Handlung, welche einen Vermögenswert nicht darstellt oder eine Schätzung nicht zulässt, dem Konkursverfahren fremd bleiben müssen." (M. S. 25.) Geht der Anspruch auf Unterlassung einer bestimmten Handlung, die nur von dem Gemeinschuldner, nicht vom Konkursverwalter vorgenommen werden kann, so ist dieser Anspruch dem Gemeinschuldner gegenüber, nicht im Konkursverfahren, geltend zu machen. In diesem kann nur ein etwa begründeter Entschädigungsanspruch wegen Vornahme der Handlung angemeldet werden. Ebenso ist die Geltendmachung eines Anspruchs auf eine bestimmte Leistung, die nur vom Gemeinschuldner ausgehen kann (z. B. auf Erteilung von Unterricht, ärztliche Behandlung, Schreiben eines Buchs, Anfertigung eines Bildes) im Konkursverfahren nicht gestattet. Vielmehr sind hier derartige Ansprüche nur dann geltend zu machen, wenn die Leistung durch einen beliebigen Dritten ausgeführt werden kann. Entschädigungsansprüche wegen Nichterfüllung des gegebenen Versprechens können auch in diesen Fällen im Konkursverfahren verfolgt werden.

[1]) L.-G. Colmar 3. Febr. 1882, O.-L.-G. daselbst 19. Okt. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VII. S. 181 Bd. IX. S. 61 u. 300.

IV. Begründung des Anspruchs zur Zeit der Konkurseröffnung.

1) Bezüglich der Zeit, zu welcher ein im Konkursverfahren geltend gemachter Anspruch begründet sein muss, ist ein wesentliches Erfordernis das Bestehen der Forderungen, nicht bloss des Rechtsverhältnisses, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens. (M. S. 26.) Forderungen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht bestanden haben, sind vom Konkursverfahren ausgeschlossen, wenn auch das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderung entspringt, schon vorher vorhanden war. Diese Grenze ergiebt sich aus der durch die Konkurseröffnung herbeigeführten Beschränkung des Gemeinschuldners in der Verfügung über die Masse. (§§ 5 und 6.) Kann der Gemeinschuldner von da an über das zur Masse gehörige Vermögen nicht mehr mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern verfügen, so können auch die nach diesem Zeitpunkt entstandenen Forderungen nicht mehr im Konkursverfahren berücksichtigt werden. Es genügt aber schon das Bestehen der Forderung und es kann eine solche auch dann im Konkursverfahren verfolgt werden, wenn sie noch nicht fällig ist, oder ihrem Betrage nach erst später festgestellt wurde, oder wenn es von einer Bedingung abhängt, ob die Forderung geltend gemacht werden kann. Die Behandlung der betagten und bedingten Forderungen ist durch die §§ 58—60 geregelt. Bezüglich der Liquidität wurde von Goldschmidt in der Konkurskommission ohne Widerspruch erklärt: „dass die Forderung zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht notwendig in quali et quanto vorhanden sein müsse.“ (K. S. 8.) Für eine Forderung auf Schadenersatz (wegen einer widerrechtlichen Handlung etc.), die bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens begründet war, kann hienach auch dann in diesem Verfahren Befriedigung verlangt werden, wenn die Verpflichtung zum Ersatz und die Höhe der Enschädigung erst später festgestellt wurde.

2) Ob eine Forderung auf Ersatz von Prozesskosten, zu deren Zahlung der Gemeinschuldner nach Eröffnung des Konkursverfahrens verurteilt wird, in diesem geltend gemacht werden kann, hängt davon ab, in welcher Weise die Ersatzverbindlichkeit begründet wird. Die C.-P.-O. geht davon aus, dass die Verbindlichkeit zum Kostenersatz weder aus dem Gesichtspunkt der Strafe noch aus dem des Schadenersatzes zu rechtfertigen sei, sondern das Unterliegen im Prozesse als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozesskosten nach sich zieht (V. Petersen C.-P.O. Tit. V. Vorbem. II. Aufl. II. S. 173). Daraus folgt aber nicht, dass die Verbindlichkeit erst mit dem Urteil entsteht. Vielmehr wird dieselbe durch die Anstellung und Durchführung der Klage bezw. die Bestreitung derselben begründet. Durch das Urteil wird nur festgestellt, welche Partei, als die in der Hauptsache unterliegende, die Kosten zu tragen hat. Es kann deshalb, auch wenn das Urteil, das dem Gemeinschuldner Kosten zur Last legt, erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens ergeht, die Forderung auf Ersatz der Kosten im Konkursverfahren angemeldet werden. Dies ist jedoch nur insoweit gerechtfertigt, als die in Frage stehenden Kosten vor der Konkurseröffnung entstanden sind, d. h. soweit die Handlungen, für welche Gebühren und Auslagen berechnet werden, vor derselben vorgenommen wurden.[1]) In den Motiven zu § 55 (S. 269 und 270) wurde denn auch bemerkt, die preuss. K.-O. begehe (in § 83 Nr. 1) eine Inkonsequenz und Härte, indem sie die Liquidation der bis zur Konkurseröffnung erwachsenen Kosten eines unbeendigten Prozesses ausschliesse und nur die Liquidation solcher Kosten zulasse, welche bereits durch

[1]) V. in diesem Sinne: Hullmann S. 83 ff.; v. Sarwey S. 52; Stieglitz S. 62; Meisner S. 59; Fitting § 7 Anm. 18; Meves S. 86. v. Völderndorff Bd. I. S. 173 Anm. 28 und v. Wilmowski S. 52 behaupten, dass auch Kosten, welche nach der Konkurseröffnung entstanden sind, im Konkursverfahren geltend gemacht werden können. Gegen deren Ansicht spricht aber § 94 Z. 1 G.-K.-G., nach welchem die einzelnen Kostenforderungen erst mit Vornahme der die Gebühren oder Auslagen veranlassenden Handlungen entstehen. Vollkommen vereinbar damit ist es, dass die Verpflichtung zur Kostentragung bedingt schon durch den Beginn des Prozesses oder das Bestreiten der Klage bezw. durch den Beginn der Untersuchung entsteht.

rechtskräftiges Urteil dem Gemeinschuldner zur Last gelegt waren. (V. § 55 Bem. 1.) Bezüglich der Kosten eines Strafprozesses verhält es sich ebenso wie hinsichtlich derjenigen Kosten, die in einem Civilprozess entstehen. Auch hier wird die Forderung durch die Verurteilung des Gemeinschuldners nicht begründet, sondern nur festgestellt. [1]) Wenn die Übernahme der Kosten seitens des Gemeinschuldners durch eine nach der Konkurseröffnung abgegebene Erklärung oder vorgenommene Handlung (Vergleich, Zurücknahme der Privatklage oder des Strafantrags §§ 502, 503 St.-P.-O.) erfolgte, ist die Kostenforderung auch dann nicht Konkursforderung, falls die prozessualen Thatsachen, welche jene veranlassten, vor der Konkurseröffnung liegen. In diesen Fällen hat die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Kostentragung nicht in der Einleitung des Verfahrens seinen Grund, das ohne den Vergleich u. s. w. vielleicht zu einem andern Ergebnis geführt hätte.

3) Bezüglich der Forderungen aus Wechseln ist, soweit es sich um Ansprüche gegen den Acceptanten handelt, zunächst der Tag der Acceptation entscheidend, derart, dass nur dann eine Konkursforderung vorliegt, wenn diese vor Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurde. Der Umstand, dass die Acceptation in blanco erfolgte und der Wechsel erst später ausgefüllt wurde, steht der Geltendmachung der Forderung nicht im Wege, da das Recht der Ausfüllung des Wechsels und damit auch der in Frage stehende Anspruch durch die Unterschrift des Acceptanten begründet worden ist. [2]) Auch kann ein solcher Anspruch gegen den Acceptanten in dessen Konkurs nicht bloss vom ursprünglichen Remittenten und denjenigen Indossataren geltend gemacht werden, auf welche der Wechsel schon vor der Konkurseröffnung giriert worden war. Vielmehr sind auch spätere Indossatare berechtigt, die betr. Forderung, die nicht später entstanden ist, sondern nur nachher auf sie übertragen wurde, im Konkursverfahren anzumelden. Es verhält sich hinsichtlich einer solchen Wechselforderung ebenso, wie wenn eine gewöhnliche Konkursforderung nach der Eröffnung des Verfahrens durch Cession auf eine andere Person übertragen wird. Der Indossatar, der einen Wechsel vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Acceptanten weiter giriert und nach Eröffnung des Verfahrens von einem Hintermann wieder eingelöst hat, kann sonach vom Konkursverfahren nicht ausgeschlossen werden. Auch er macht nur die durch das erfolgte Accept begründete Forderung gegen den Gemeinschuldner geltend und es kommt nichts darauf an, ob diese Forderung vorher auf andere Personen übergegangen war, und erst nach der Konkurseröffnung wieder zurückerworben wurde. [3])

Hinsichtlich der Forderung gegen den Aussteller eines eigenen Wechsels ist der Tag der Ausstellung entscheidend, durch welche der Anspruch auf Einlösung des Wechsels begründet wird. Ebenso wird durch die Ausstellung eines auf eine andere Person gezogenen Wechsels der Regressanspruch der Indossatare für den Fall der nicht erfolgten Zahlung

[1]) So auch das R.-G. (II. Strafs.) 4. Dez. 1885, Rechtssprech. Bd. VII. S. 712; ferner: v. Sarwey S. 21; Meisner S. 21 und die ob. S. 19 Anm. 1 angeführten Schriftsteller. A. M. sind: Hullmann S. 62 und Stieglitz S. 33. Letzterer hält wegen § 497 Abs. 2 der St.-P.-O. den Eintritt der Rechtskraft für massgebend. Diese Vorschrift beweist aber nichts. Sie hat in besonderen Erwägungen, nämlich darin ihren Grund, dass das Strafurteil gegen den Erblasser nicht rechtskräftig geworden ist und gegen die Erben nicht rechtskräftig werden kann, sowie dass der Verurteilte, wenn er am Leben geblieben wäre, doch noch hätte freigesprochen werden können. v. Völderndorff I. S. 105, 106 hält den Tag des Urteils für massgebend.

[2]) V. Erkenntnis des pr. Obertrib. vom 12. Dez. 1865, Striethorst, Arch. Bd. 60 Nr. 44 S. 292 ff. und Erk. des R.-O.-H.-G. vom 4. und 18. Sept. 1874 (Entsch. Bd. 14 Nr. 24 und 25 S. 54 ff.) sowie die dort angegebenen frühern Entscheidungen.

[3]) V. auch v. Sarwey S. 22; v. Völderndorff Bd. I. S. 103 Anm. 16; v. Wilmowski S. 50; Stieglitz S. 32; Meisner S. 29; ferner Plenarentsch. des R.-O.-H.-G. vom 21. Juni 1878 Entsch. Bd. 24 S. 1 ff. Das pr. Obertrib. hatte am 21. Febr. 1857 (Entsch. Bd. 35 S. 204) in anderm Sinne entschieden, diese Ansicht aber später wieder aufgegeben. V. Striethorst, Arch. Bd. 39 Nr. 35 S. 136.

des Wechsels begründet, obgleich den Regress selbst erst die Verweigerung der Zahlung bezw. der Protest ermöglicht. Der Aussteller hat sich für den Fall der Nichteinlösung des Wechsels zur Schadloshaltung des Indossanten verpflichtet. Von diesem und allen seinen Nachfolgern kann sonach diese Entschädigungsforderung im Konkursverfahren des Ausstellers geltend gemacht werden, auch wenn die Bedingung, von deren Eintritt die Zahlungspflicht abhängt, erst später eingetreten ist, und der Inhaber des Wechsels erst nach der Konkurseröffnung in den Besitz desselben gelangt sein sollte. Handelt es sich um den Konkurs eines Indossanten, so kann der Regressanspruch nur dann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn die Indossierung vor der Konkurseröffnung erfolgte. Erst durch das Indossament ist dessen Verpflichtung zur eventuellen Schadloshaltung entstanden. Nach derselben war der Gemeinschuldner zur Indossierung nicht mehr befugt. Etwaige (civilrechtliche) Schadenersatzansprüche des Acceptanten, der aus Gefälligkeit gegen den Aussteller acceptierte und zur Zahlung des Wechsels angehalten wurde, können auch dann im Konkurs des Ausstellers geltend gemacht werden, wenn die Zahlung selbst erst nach der Konkurseröffnung erfolgte. Auch in diesem Falle war die eventuelle Forderung auf Schadenersatz schon durch das vor der Konkurseröffnung gegebene Versprechen, für rechtzeitige Deckung bezw. dafür zu sorgen, dass der Wechsel nicht präsentiert werde, entstanden, und es kommt nicht darauf an, ob der Schaden bezw. der Fall, für welchen die Schadloshaltung versprochen wurde, erst später eingetreten ist. [1]) Hat der Bezogene dagegen ohne ein solches Versprechen acceptiert und durch die Zahlung des Wechsels eine Forderung gegen den Aussteller erworben, so kann er diese nur dann im Konkursverfahren geltend machen, wenn die Zahlung vor Eröffnung desselben erfolgte.

4) Bei periodischen Leistungen, zu denen der Gemeinschuldner verpflichtet ist, entscheidet bezüglich der Frage, ob auch die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Beträge im Konkursverfahren gefordert werden können, der Umstand, ob die Forderung auf Zahlung dieser Beträge schon vor der Eröffnung des Verfahrens als eine betagte bestanden hat, oder ob der Anspruch auf die einzelnen Raten mit Ablauf einer bestimmten Zeit erst von neuem entsteht, also eine Reihe von selbständigen Forderungen vorliegt, die in einem bestimmten Rechtsverhältnis ihren gemeinsamen Grund haben. Ersteres ist der Fall, wo es sich lediglich um Aufschub hinsichtlich der Erfüllung einer bestimmten Verbindlichkeit m. a. W. um Zahlungstermine handelt. Ein Verhältnis der letzteren Art liegt vor, wenn die in Frage stehende Leistung nur unter bestimmten Voraussetzungen, von denen der Eintritt der Verbindlichkeit abhängt, gefordert werden kann, namentlich wenn hiezu eine bestimmte Gegenleistung vorausgesetzt wird, deren Wegfall die Entstehung der Forderung hindert. Ob ein Verhältnis der einen oder andern Art vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Bezüglich der Zinsen ist nach der K.-O. (§ 56 Z. 1) der zuletzt hervorgehobene Gesichtspunkt zutreffend. Es können sonach die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen aus der Konkursmasse nicht beansprucht werden. (Vergl. M. S. 270 und Bem. II. 1 zu § 56.) Auch Forderungen von Pacht- und Mietzinsen entstehen erst mit Ablauf der Zeit, zu welcher der Pacht- oder Mietzins zu zahlen und nur unter der Voraussetzung, dass der Genuss der verpachteten oder vermieteten Sache wirklich gewährt worden ist. (V. a. a. O.) In dieser Beziehung enthalten aber die §§ 17 und 18 der K.-O. besondere Vorschriften, nach denen Pacht- und Mietverträge zufolge der Eröffnung des Konkursverfahrens zwar von beiden Seiten gekündigt werden können, aber auch die Fortsetzung mit beiderseitiger Übereinstimmung gestattet ist. Wenn ein solcher Vertrag gekündigt wird, so können nach Ablauf der hiefür festgesetzten Zeit keine Pacht- und Mietzinsforderungen mehr entstehen. Wird dagegen das Pacht- oder Mietverhältnis fortgesetzt, so tritt die Konkursmasse bezw. der Konkursverwalter an die Stelle des Gemeinschuldners und hat auch die später fällig werdenden Pacht- oder Miet-

[1]) V. Urt. des pr. Obertrib. vom 12. Sept. und 17. Okt. 1861, Striethorst, Arch. Bd. 43 S. 147 ff.

zinsen als Masseschuld zu zahlen. (Vergl. Bem. II. 2 zu § 17.) Wegen der Leibrenten s. § 1 Bem. III. 2.

5) Ob und wieweit Ansprüche auf Gewährung von Unterhalt hinsichtlich der erst nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Beträge im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, hat von jeher zu Streitigkeiten Veranlassung gegeben. Solche Forderungen sind, auch wenn sie in familienrechtlichen Verhältnissen ihren Ursprung haben, nicht ohne weiteres vom Konkursverfahren ausgeschlossen. Der gemeinrechtliche Grundsatz: „concursus non alit infantes", hat keineswegs unbedingte Anerkennung gefunden. (Bem. III. 1 u. 2.) Es finden vielmehr hinsichtlich der erwähnten Ansprüche lediglich die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anwendung. Hienach kommt es darauf an, ob solche Forderungen bezüglich ihres rechtlichen Bestandes von der Vermögenslage der in Anspruch genommenen Person unabhängig oder ob sie nur unter der Voraussetzung begründet sind, dass diese Vermögen besitzt, d. h. in der Lage ist, den geforderten Unterhalt zu gewähren. Sodann ist der Umstand entscheidend, ob die Forderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens einfürallemal rechtlich begründet ist und nur die Fälligkeit der geschuldeten Beträge zu verschiedenen Zeitpunkten eintritt, oder ob angenommen werden muss, dass die Forderung bezüglich jeder einzelnen Rate erst in dem Augenblick entsteht, in dem ihre Zahlung verlangt werden kann. In beiden Richtungen ist das bürgerliche Recht massgebend.

Hat die Unterhaltsforderung in einem Entschädigungsanspruch des Gläubigers ihren Grund, so kann, sofern die Verpflichtung zum Schadenersatz schon vor der Konkurseröffnung begründet war, die Forderung im Konkursverfahren des Schuldners geltend gemacht werden. Ob der Schuldner sich zur Zahlung eines bestimmten Kapitals verpflichtet hat bezw. hiezu verurteilt wurde, oder ob die Entschädigung in der Form einer Rente zugebilligt worden ist, kann einen Unterschied nicht bewirken. Es handelt sich hier einfach um eine betagte Forderung, bezüglich deren § 58 massgebend ist. Nur ist diese Forderung, da sie bloss solange dauert, als der Gläubiger lebt, eine bezüglich ihres Umfangs bedingte, rechtfertigt also, soweit es sich um die erst nach stattgehabter Verteilung fällig werdenden Beträge handelt, nach § 60 bloss das Begehren auf Sicherstellung. Ob die Entschädigungsforderung bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens anerkannt und bezüglich ihres Umfanges (durch Vertrag oder Urteil) festgestellt worden ist, erscheint gleichgültig. Auch eine zur Zeit der Konkurseröffnung nicht feststehende Forderung dieser Art kann im Konkursverfahren geltend gemacht werden, wenn der Gemeinschuldner nachträglich auf Grund des bereits früher entstandenen Anspruchs zur Zahlung einer bestimmten Rente verurteilt wird. (Vergl. Bem. IV. 1.) Nach denselben Grundsätzen sind die Unterhaltsforderungen unehelicher Kinder zu beurteilen, wenn die Verpflichtung zur Gewährung des Unterhaltes in dem betr. Lande nicht aus der Vaterschaft des Verpflichteten, sondern aus einem sogen. Quasidelikt desselben abgeleitet wird, weil dann der Gesichtspunkt der Entschädigung massgebend ist.

Anders liegt dagegen die Sache bezüglich der Ansprüche auf Unterhalt, die nicht in einer Verbindlichkeit zum Schadenersatze, sondern lediglich in Familienverhältnissen ihren Grund haben und bei denen es sich im wesentlichen um die Verwendung des vorhandenen Vermögens oder um eine Unterstützungspflicht handelt, namentlich bei Ansprüchen auf Gewährung des Unterhaltes, die zwischen Ehegatten, Eltern und Kindern u. s. w. bestehen. Ob und wieweit hier eine Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt begründet ist, hängt von den Umständen, insbesondere der Vermögenslage der beteiligten Personen ab. Daraus ergiebt sich, dass die im allgemeinen feststehende Unterhalts- oder Unterstützungspflicht nicht einfürallemal eine Forderung auf Zahlung bestimmter Beträge für Lebensdauer begründet, vielmehr die Forderung bezüglich der für einen bestimmten Zeitraum beanspruchten Alimente immer wieder von neuem entsteht, sobald das Bedürfnis nach Unterhalt neuerdings hervortritt und die Fähigkeit zur Gewährung desselben diesem Bedürfnis gegenübersteht. Der Ehefrau, den ehelichen Kindern, den Eltern des Gemeinschuldners u. s. w.

steht hienach im allgemeinen nicht das Recht zu, aus der Konkursmasse Unterhalt zu verlangen, bezw. zu fordern, dass gewisse Beträge zur Bestreitung des Unterhaltes, den sie an sich vom Gemeinschuldner verlangen können, zurückbehalten werden. [1]) Was von den ehelichen Kindern gilt, muss aber ebenso von den unehelichen gelten, sofern deren Anspruch auf Unterhalt lediglich aus den Vaterpflichten des Gemeinschuldners abgeleitet wird, denn es ist nicht abzusehen, warum diese Kinder dem Vater oder der Konkursmasse gegenüber anders und besser stehen sollten. [2]) Soweit eine Unterstützung nicht freiwillig (nach § 120) bewilligt wird, haben diese Personen nur den Anspruch auf denjenigen Unterhalt, der aus den Erträgnissen des gesetzlichen Niessbrauchs gemäss § 1 Abs. 2 gewährt werden kann, und sind im übrigen darauf angewiesen, dass der Gemeinschuldner wieder Vermögen erwirbt, oder die ihm obliegenden Verpflichtungen aus seinem Einkommen zu bestreiten vermag. An dieser Sachlage wird an sich dadurch nichts geändert, dass die Verbindlichkeit des Gemeinschuldners durch ein vor der Eröffnung des Konkursverfahrens ergangenes Urteil festgestellt worden ist. Daraus, dass das Gericht die zur Zeit des Urteils bestehende Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen anerkannt hat, oder dass die vorerst zu zahlenden Beträge vorbehaltlich anderweitiger Bestimmung für die spätere Zeit festgesetzt wurden, folgt noch nicht, dass der Gemeinschuldner endgültig verurteilt werden sollte, wie sich auch die Umstände gestalten mögen, seinen Unterhaltsbeitrag fortzuzahlen. Im Zweifel ist nicht anzunehmen, dass eine derartige Absicht bestand, der Unterhalt z. B. sogar dann verlangt werden darf, wenn dem Forderungsberechtigten durch Erbschaft oder sonstwie Vermögen zugefallen ist. Es kann aber allerdings vorkommen, dass die Verbindlichkeit zur Gewährung von Unterhalt in einer Weise übernommen oder auferlegt wird, dass es nicht mehr auf die Vermögensumstände der Beteiligten ankommt, sondern die Unterhaltsbeiträge unter allen Umständen bezahlt werden müssen, solange der Unterhaltsberechtigte lebt oder bis derselbe ein gewisses Alter erreicht hat. Ist eine solche Verpflichtung, sei es durch Vertrag, sei es durch rechtskräftiges Urteil, in dieser Weise festgestellt, also der allgemeine Anspruch auf Gewährung desselben in eine Forderung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt, so liegt eine gewöhnliche Forderung vor, die ihrem ganzen Umfange nach vor der Konkurseröffnung entstanden ist und im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann. Deren Behandlung richtet sich nach § 60.

§ 3.

Ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen geltend gemacht werden.

[1]) V. Hullmann S. 63; Wengler S. 75; v. Sarwey S. 19 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 107-109; v. Wilmowski S. 50, 51; Stieglitz S. 31; Meisner S. 26, 27; Eccius Bd. I. S. 807 § 118; Dernburg Bd. II. S. 303 § 121; Fitting S. 77 § 8; O.-L.-G. Darmstadt 3. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 120; Willenbücher S. 13 Nr. 6a. v. Völderndorff und Willenbücher stimmen nur mit der Einschränkung zu, dass die Verbindlichkeit noch nicht durch Rechtsgeschäft oder rechtskräftiges Urteil festgestellt sein dürfe. Die Feststellung der Unterhaltspflicht ändert aber an sich das Wesen der Forderung nicht.

[2]) In der sächsischen Praxis wurde der Anspruch unehelicher Kinder, weil er lediglich auf der Thatsache der Erzeugung beruhe, anders als der Anspruch ehelicher Kinder behandelt. (Wengler S. 77.) Diese Unterscheidung hat aber in der Bestimmung des b. G.-B. (Art. 1862) ihren Grund und kann keineswegs allgemeine Geltung beanspruchen. Auch die Verpflichtung zur Alimentierung des ehelichen Kindes hat in dem Kindesverhältnis ihre Grundlage und es besteht, sofern nicht gesetzliche Bestimmungen im Wege stehen, oder die Verpflichtung zum Unterhalt in die Verbindlichkeit zur Zahlung einer bestimmten Geldsumme umgewandelt wurde, kein Grund, das unehliche Kind, das sich unter Umständen auch in günstiger Vermögenslage befinden kann, vor dem ehelichen zu bevorzugen.

Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren.

(E. § 3; M. S. 26 ff.; K. S. 8; pr. K.-O. § 2 Abs. 2, §§ 38, 39 und 263 ff.)

I. Gesetzliche Regelung der Absonderungsansprüche. (Abs. 1.)

1) Die Gläubiger, denen ein „Absonderungsrecht" zusteht, unterscheiden sich von den „Aussonderungsberechtigten" dadurch, dass sie nicht Gegenstände, welche nicht zur Konkursmasse gehören, aus dieser wegnehmen wollen, sondern aus solchen Gegenständen Befriedigung suchen, die einen Teil der Konkursmasse bilden. (Bem. II. zu § 2.) Da sie aber nicht bloss einen Anspruch auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners haben, dessen persönliche Gläubiger sie nicht notwendig sein müssen, sondern kraft der ihnen an bestimmten Sachen zustehenden besonderen Rechte (Hypothekarrechte, Vorzugsrechte, Faustpfandrechte u. s. w.) zunächst nur durch den Erlös aus diesen Gegenständen befriedigt sein wollen, nehmen sie eine andere Stellung ein als die eigentlichen Konkursgläubiger, die notwendig persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sein müssen und nur in dieser Eigenschaft auftreten können.

2) Wem ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös einzelner Gegenstände zusteht, bestimmt im allgemeinen das bürgerliche Recht. Bei Aufstellung der Konkursordnung entschied man sich jedoch dafür: „dass die einheitliche Konkurs-Ordnung die Fälle der Absonderungsansprüche auch einheitlich und ausschliesslich feststellen muss und dass die von derselben nicht anerkannten bisherigen Separationsrechte ihre Kraft für den Konkurs verlieren müssen." (M. S. 29.) Die nach dem bürgerlichen Recht begründeten dinglichen Rechte oder Vorzugsrechte gewähren deshalb im Falle einer Konkurseröffnung über das Vermögen des Eigentümers nur dann einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung, wenn derselbe durch die K.-O. (§§ 39 ff.) anerkannt worden ist.

II. Art und Weise der abgesonderten Befriedigung. (Abs. 2.)

1) Abweichend von der im gemeinen Recht und den meisten neueren Gesetzgebungen herrschenden Auffassung stellt Abs. 2 des § den Grundsatz auf, dass die abgesonderte Befriedigung „unabhängig vom Konkursverfahren" zu erfolgen habe. Aus dieser in den Motiven (S. 29 ff.) ausführlich gerechtfertigten Abweichung ergiebt sich, dass die Absonderungsberechtigten in der Ausübung ihrer dinglichen Rechte durch den Konkurs nicht gehindert werden, sondern diese Ausübung sich nach dem Inhalt der in Frage stehenden Rechte bestimmt und durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes und Prozessrechtes geregelt wird. Der Absonderungsberechtigte bleibt ungeachtet des Konkurses im Besitze seines Faustpfandes und kann dasselbe gerichtlich und aussergerichtlich verwerten. Eine eingeleitete Zwangsverwaltung bleibt ohne Rücksicht auf den Konkurs in Kraft und ebenso schreitet eine Zwangsveräusserung, unbehindert durch denselben, fort und wird bis zur Befriedigung der absonderungsberechtigten Gläubiger durchgeführt. Der Erlös aus den zwangsweise veräusserten oder das Einkommen aus den so verwalteten Gegenständen wird unter die Absonderungsberechtigten verteilt, als ob ein Konkurs nicht bestände. Jene bilden gewissermassen eine Sondermasse. Nur was nach vollständiger Befriedigung der Absonderungsberechtigten übrig bleibt, wird zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet. Die Ausübung der den Absonderungsberechtigten zustehenden Rechte erfolgt hienach nicht als ein Teil des Konkursverfahrens, sondern unabhängig von demselben; sie setzt nicht einmal voraus, dass die Berechtigten sich überhaupt auf das Konkursverfahren einlassen. (M. S. 27 ff.)

2) Da die einem Absonderungsrecht unterworfenen Gegenstände immerhin zur Konkursmasse gehören, verliert der Gemeinschuldner mit Eröffnung des Konkursverfahrens auch bezüglich dieser Gegenstände (nach § 5) das Recht der Verwaltung und der Ver-

fügung. Folgeweise fallen dem Konkursverwalter auch hinsichtlich der dem Absonderungsrecht unterworfenen Vermögensteile Rechte und Verpflichtungen zu (V. §§ 107 ff., insbes. die §§ 110, 116 und 117). Die in § 38 der preuss. Konkursordnung festgehaltene Unterscheidung zwischen der gewöhnlichen „Konkursmasse“ und einer den Konkursgläubigern und Absonderungsberechtigten „gemeinschaftlichen Konkursmasse“ ist der K.-O. fremd. Es giebt bloss eine Konkursmasse. Nur findet ein besonderes Verfahren zur Befriedigung der Pfandgläubiger statt. Die Pfandstücke gehören zur Konkursmasse; sie sind der Verfügung des Gemeinschuldners entzogen; der Verwalter übt dieselbe an dessen Stelle aus; die Absonderungsberechtigten haben ihre Ansprüche daher dem Konkursverwalter gegenüber geltend zu machen. (M. S. 30.) Weil die Pfandstücke zur Konkursmasse gehören, können neue Gläubiger, deren Forderungen nach der Konkurseröffnung entstehen, Ansprüche auf jene nicht geltend machen. Aus gleichem Grunde wird der nach Berichtigung der vorhandenen Pfandansprüche verbleibende Rest für die Konkursgläubiger verwendbar gemacht. Daraus ergiebt sich die Pflicht der Pfandgläubiger, binnen einer bestimmten Zeit den Besitz des Faustpfandes anzuzeigen und den Pfandanspruch geltend zu machen, sowie die Abschätzung und Einlösung des Pfandes zu gestatten und unter Umständen sich den Zwangsverkauf der Sache gefallen zu lassen. (M. S. 30.) Von Amts wegen wird das Absonderungsrecht nicht berücksichtigt. [1]) Wenn der in Anspruch genommene Gegenstand nicht zur Konkursmasse, sondern einem Dritten gehört, wenn z. B. ein solcher denselben für die Schuld des Gemeinschuldners verpfändet hat, steht eine abgesonderte Befriedigung überhaupt nicht in Frage. Es können deshalb darauf bezügliche Vorschriften der Konkursordnung nicht zur Anwendung kommen. [2])

3) Die Personen, denen durch die Konkurs-Ordnung ein Absonderungsrecht eingeräumt ist, können aus den ihnen verpfändeten oder in anderer Weise haftenden Gegenständen abgesonderte Befriedigung verlangen; sie sind aber nicht verpflichtet, diesen Weg zu betreten, und verlieren, auch wenn sie von ihrem Absonderungsrecht keinen Gebrauch machen, nicht ihren Anspruch auf ausschliessliche oder vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlös der ihnen verhafteten Gegenstände. Dieselben können es unterlassen, sich am Konkursverfahren zu beteiligen, und soweit sie das Gesetz nicht ausdrücklich beschränkt, gerade so vorgehen, als ob dasselbe nicht bestände. Sie dürfen aber auch, wenn sie es für nützlich halten, den Konkursverwalter gewähren lassen, ohne dass sie deshalb in materieller Beziehung geschädigt werden. Je nachdem der eine oder der andere Weg betreten wird, ergiebt sich ein anderes Verfahren.

Wenn ein Absonderungsberechtigter sein Recht auf abgesonderte Befriedigung ausserhalb des Konkurses geltend machen will, was er regelmässig zu erklären hat, wenn er auf Beachtung seiner desfallsigen Ansprüche rechnen will (V. Bem. 2.), so kann er sich im Besitz der ihm zu seiner Sicherung übergebenen Sachen erhalten, muss dieselben aber dem Verwalter (nach § 110) auf Verlangen vorzeigen und deren Abschätzung gestatten. Ebenso kann er die Veräusserung der ihm verpfändeten Sachen auf dem Weg der Zwangsvollstreckung betreiben oder, wenn ihm die Veräusserung in anderer Weise gestattet ist, wie es besonders bei dem Faustpfand häufig vorkommt, diese andere Form wählen und sich so aus dem Erlös befriedigen. Im Falle der Bestreitung des Absonderungsrechtes erfolgt dessen Geltendmachung durch Klage gegen den Konkursverwalter oder Aufnahme eines bereits anhängigen Prozesses gemäss § 9 K.-O. [3]) Die Zwangsversteigerung von Grundstücken ist nicht bei dem Konkursgericht als solchem, sondern bei dem nach § 755 der C.-P.-O.

[1]) V. R.-G. (II) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 1, ausführlicher in Puchelt's Zeitschr. Bd. 16. S. 409 ff. Vgl. jedoch bezügl. der Absonderungsrechte an unbeweglichen Sachen. Bem. 3 a. E.

[2]) V. R.-G. (I) 4. Jan. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 88 ff., bes. S. 90.

[3]) V. Otto C., Wie ist nach Eröffnung d. Konkursverfahrens zum Vermögen des Pfandschuldners vom Hyp.-Gläubiger der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltend zu machen? S. 24.

zuständigen Gerichte zu betreiben. [1]) Der Verwalter kann sich der Geltendmachung des Absonderungsrechtes gegenüber unthätig verhalten, was in der Regel geschehen wird, wenn ein Überschuss für die Konkursmasse nicht zu erwarten ist. Derselbe darf aber auch, wenn er es für vorteilhafter hält, gemäss § 115 bezw. 116 selbst die Zwangsvollstreckung ausserhalb des Konkurses betreiben, ohne dass der Absonderungsberechtigte, dessen Ansprüche auf den Erlös dadurch nicht berührt werden, dies zu verhindern berechtigt ist. Endlich kann der Verwalter dadurch, dass er den Absonderungsberechtigten befriedigt, alle Ansprüche desselben beseitigen und so das volle Verfügungsrecht über die in Frage stehenden Gegenstände erlangen. Eine Absonderung von Amts wegen findet, wie bereits erwähnt wurde, nicht statt, und eine Beschlagnahme der den Absonderungsberechtigten verhafteten Gegenständen wird zu deren Gunsten durch die Konkurseröffnung nicht wie nach der pr. K.-O. (§§ 266, 267, 57), bewirkt. (M. S. 30 und 31.) Der Konkursverwalter kann die verpfändeten Gegenstände mit der an denselben haftenden Belastung veräussern, wie es auch der Gemeinschuldner hätte thun können, und hat sich bei diesem Verfahren um die Befriedigung des Pfandgläubigers, dem seine Ansprüche vorbehalten bleiben, nicht zu kümmern. Will derselbe dieses Verfahren nicht einschlagen, sondern die Veräusserung ohne Rücksicht auf die Belastung vornehmen, so muss er den Erlös zur Sicherstellung oder Befriedigung der Absonderungsberechtigten verwenden. Welche Rechte dem Absonderungsberechtigten gegenüber dem dritten Erwerber zustehen, insbesondere ob er sich ungeachtet der Veräusserung an den Gegenstand halten kann, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Eine besondere Frist für die Geltendmachung des Rechtes auf abgesonderte Befriedigung ist nicht vorgeschrieben. Der Absonderungsberechtigte ist jedoch, sofern er nicht Gefahr laufen will, seiner Ansprüche gegen die Masse verlustig zu werden, genötigt, diese vor Abschluss der Verteilung geltend zu machen. Wenn der Gegenstand, um den es sich handelt, vom Verwalter veräussert wird, kann der Absonderungsberechtigte nämlich seine Ansprüche der Masse gegenüber nur als Massegläubiger geltend machen und es findet dann die Vorschrift des § 159 auf ihn Anwendung. (Vergl. M. zu § 143 S. 376.) [2])

4) Ungeachtet der Ausübung des Absonderungsrechtes kann nach § 57 die Forderung als Konkursforderung geltend gemacht werden, sofern der Gemeinschuldner für dieselbe persönlich haftet. Umgekehrt enthält die Anmeldung einer solchen Forderung im Konkursverfahren an sich einen Verzicht auf das mit derselben verbundene Absonderungsrecht nicht. [3]) In der vorbehaltslosen Annahme der Zwangsvergleichssumme ist dagegen ein solcher Verzicht zu finden, da in derselben eine Unterwerfung unter die Bedingungen des Zwangsvergleichs enthalten [4]) und sonach die Forderung des Absonderungsberechtigten als getilgt anzusehen ist.

[1]) V. Otto C. a. a. O. S. 13 u. 14, der übrigens § 755 C.-P.-O. nicht beachtet.

[2]) Bezüglich der Frage, in welcher Weise der Konkursverwalter im obigen Falle zu verfahren hat und welche Ansprüche dem Absonderungsberechtigten gegenüber dem Erwerber und der Masse zustehen, gehen die Ansichten auseinander. V. v. Sarwey S. 25, 26; v. Völderndorff Bd. I. S. 114; v. Wilmowski S. 53 ff.; Stieglitz S. 35 ff.; Willenbücher S. 15; Fitting § 20 II. S. 186. Letzterer verweist auf das bürgerliche Recht, ebenso v. Wilmowski und v. Sarwey. Die übrigen Schriftsteller nehmen an, dass der Verwalter die Gegenstände nur unbeschadet der darauf ruhenden Lasten verkaufen dürfe oder den Erlös zur Befriedigung der Absonderungsberechtigten verwenden bezw. hinterlegen müsse. Praktisch werden diese Wege in der Regel zu demselben Ergebnis führen.

[3]) R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 36.

[4]) R.-G. (I.) 20. Dez. 1879 u. (V.) 18. Sept. 1886, Entsch. Bd. I. S. 183, Bd. XVI. S. 68; O.-L.-G. Köln im rhein. Arch. Bd. 74 Abt. II. S. 61; v. Wilmowski § 57 S. 254; v. Völderndorff Bd. I. S. 655.

III. Erklärungen des Verwalters über den Absonderungsanspruch.

Der Konkursverwalter hat sich nach Geltendmachung des Absonderungsanspruchs darüber zu erklären, ob er denselben anerkenne. Diese Erklärung kann im Konkursverfahren wie ausserhalb desselben erfolgen. Aber der Gläubiger hat kein Recht darauf, dass dieselbe sofort erfolge, muss vielmehr dem Verwalter Zeit zur Prüfung des Anspruchs lassen; auch kann er nicht verlangen, dass sich der Verwalter in einem Konkurstermin erkläre. Diese Termine dienen bloss zur Erledigung des Konkursverfahrens. Insbesondere hat der Prüfungstermin nur den Zweck, dass über die angemeldeten Konkursforderungen und die beanspruchten Vorzugsrechte verhandelt und das Ergebnis festgestellt werde. Hat aber der Verwalter ein Absonderungsrecht im Konkursverfahren z. B. im Prüfungstermin ausdrücklich und vorbehaltslos anerkannt, so muss er diese Anerkennung gelten lassen. [1])

§. 4.

Ausländische Gläubiger stehen den inländischen gleich.

Unter Zustimmung des Bundesrats kann durch Anordnung des Reichskanzlers bestimmt werden, dass gegen die Angehörigen eines ausländischen Staates und die Rechtsnachfolger derselben ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde.

(E. § 4; M. S. 31 u. 32; K. S. 8 ff. u. 196 ff.; pr. K.-O. § 3.)

1) Der in Abs. 1 aufgestellte Grundsatz gilt nicht bloss hinsichtlich des Verfahrens, sondern auch bezüglich des materiellen Konkursrechtes. Jedoch wird dadurch die Anwendung des ausländischen Rechtes, das nach den Grundsätzen über das sogen. internationale Privatrecht massgebend ist, nicht ausgeschlossen. Ob eine Forderung überhaupt besteht, ob aus einem im Ausland geschlossenen Vertrag ein Klagerecht begründet ist, z. B. ein uneheliches Kind vom Vater Unterhalt verlangen kann u. s. w., wird häufig nach ausländischem Recht zu beurteilen sein. Auch liegt eine Benachteiligung des Ausländers darin nicht, dass seine Verhältnisse nach dem für ihn massgebenden Rechte beurteilt werden, zumal auch für Inländer hier verschiedene Grundsätze zur Anwendung kommen. Sein Recht geht nur dahin, dass er nicht, weil er Ausländer ist, anders behandelt und schlechter gestellt werde, als wenn er Inländer wäre.

2) Von dem in Abs. 1 aufgestellten Grundsatze lässt die K.-O. zwei Ausnahmen zu, von denen die erste den besonderen Konkurs über das inländische Vermögen eines Ausländers, die zweite die Wiedervergeltung betrifft. Die erste Ausnahme wird in § 207, die zweite in Abs. 2 des § 4 geregelt. Hienach muss sich der Ausländer die Wiedervergeltung in Deutschland gefallen lassen, wenn der Staat, dem er angehört, deutsche Staatsbürger gesetzlich schlechter stellt als seine eigenen. Auch kann derselbe sich diesem Vergeltungsrechte nicht dadurch entziehen, dass er seinen Anspruch an Inländer oder an mehr begünstigte Ausländer abtritt. (M. S. 31.) Die in der Reichstagskommission gestellten Anträge auf Beseitigung dieses Wiedervergeltungsrechtes wurden abgelehnt. Dasselbe geschah bezüglich eines Antrags, nach welchem die Ausübung des Vergeltungsrechtes den Gerichten übertragen werden sollte. (K. S. 8 ff. und 196 ff.) Die in Abs. 2 vorgesehene Anordnung muss eine allgemeine sein. In die bestehenden oder künftigen Staatsverträge mit ausländischen Staaten soll durch § 4 nicht eingegriffen werden. (M. S. 32.)

Soweit solche Verträge nicht vorliegen, hat der Reichskanzler mit Zustimmung des Bundesrates zu verfügen, ob gegen die Angehörigen eines bestimmten ausländischen Staats anders verfahren werden soll, als es die Konkursordnung vorschreibt, und in welcher Weise

[1]) R.-G. (I) 15. Sept. 1884, jur. Wochenschr. 1885 S. 7.

das Vergeltungsrecht in Anwendung zu bringen ist. Ebenso ist nach dessen Anordnungen zu beurteilen, ob und inwieweit die auf die Angehörigen eines bestimmten Staats berechneten Vorschriften auch für Rechtsnachfolger derselben Geltung haben. Ob die Rechtsnachfolger der Ausländer allgemeine Rechtsnachfolger sind, oder die Rechtsnachfolge sich bloss auf ein bestimmtes Vermögensstück bezieht, ist einerlei.[1]) Ebenso macht es für die Zulässigkeit der Anwendung des § keinen Unterschied, ob diese Rechtsnachfolger gleichfalls Ausländer oder Deutsche sind. Da das Gesetz nicht unterscheidet, ist es nicht gestattet, einen Unterschied in dasselbe hineinzutragen, den es nicht kennt. Ob mehr Rücksicht auf die inländischen Gläubiger oder auf die Erben des Ausländers zu nehmen ist, welche immerhin ihre Rechte von diesen ableiten, haben die politischen Behörden zu erwägen, in deren Ermessen das Gesetz die Anwendung des Vergeltungsrechtes stellt. Übrigens erscheint eine allgemeine Regelung bei deutschen Gesamtrechtsnachfolgern als ebenso angemessen wie bei der Einzelrechtsnachfolge. Wenn die Erbfolge nach Anmeldung der Forderung eintritt, würden dieselben Zweifel bezüglich der Frage eintreten, welcher Zeitpunkt für die Anwendung des Vergeltungsrechtes massgebend ist, wie bei der Cession der Forderung.[2]) Gegen Umgehung der Vorschriften des § durch Übertragung von Konkursforderungen an im Auslande wohnende Personen wird in den §§ 42 und 49 Vorkehrung getroffen.

§ 5.

Mit der Eröffnung des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch einen Konkursverwalter ausgeübt.

(E. § 5; M. S. 32 ff.; K. S. 9; pr. K.-O. § 4.

I. Wirkungen der Konkurseröffnung. Aufhören der Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. (Abs. 1.)

1) Dass der Gemeinschuldner zufolge des Konkurses die Befugnis verliert, sein Vermögen noch fernerhin zu verwalten, liegt in der Natur der Sache, da dieses Vermögen zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienen soll, also notwendig der Verfügung des Schuldners entzogen werden muss. Die Konkurseröffnung und der Eintritt des Konkursverwalters in die Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gemeinschuldners sind zwar nicht als Pfändung anzusehen. Es erwirbt niemand ein Pfandrecht an der Masse. (M. S. 15, 16.)[3]) Die Eröffnung des Verfahrens, durch welche der Gemeinschuldner verhindert werden soll, zum Nachteil der Gläubiger über sein die Masse bildendes Vermögen zu verfügen (§§ 5 ff. 98, 102, 103 K.-O.) hat aber die Wirkungen einer Beschlagnahme im Sinne des § 137 St.-G.-B.[4]) Es ist jedoch klar, dass diese Beschränkung sich nur auf das Vermögen beziehen kann, welches zur Befriedigung dieser Gläubiger bestimmt ist, d. h. nach § 1 zur Konkursmasse gehört. Die Vorschrift des § erstreckt sich deshalb zwar auch auf diejenigen Vermögensstücke, bezüglich deren ein Recht auf „abgesonderte Befriedigung" besteht. (§ 3 Bem. II. 2.)

[1]) V. v. Sarwey S. 28; Willenbücher S. 16; A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 120.

[2]) V. v. Sarwey u. Willenbücher a. a. O. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 120, der die Ausdehnung des Vergeltungsrechtes auf deutsche Gesamtrechtsnachfolger für unzulässig hält, weil die ratio legis nicht zutreffe. v. Wilmowski S. 56 und Stieglitz S. 37 meinen wenigstens deutsche Gesamtrechtsnachfolger würden von der Massregel auszunehmen sein.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 33; Fitting § 24 S. 217; Stieglitz S. 39; v. Wilmowski S. 28, 29. R.-G. (I) 5. März 1887, jur. Wochenschr. S. 114 a. E. A. M. Hellmann, Lehrbuch S. 967.

[4]) V. R.-G. (II. Strafs.) 6. Juli 1886, Entsch. in Strafs. Bd. XIV. S. 286; Dernburg Bd. II. S. 275, 276 § 114.

Dagegen behält der Gemeinschuldner das volle Verfügungsrecht über dasjenige Vermögen, das vom Konkursverfahren nicht erfasst wird, weil es der Zwangsvollstreckung nicht unterliegt oder erst nach der Eröffnung des Verfahrens erworben wurde. (V. § 1 Bem. II. u. III.) Deshalb verliert der Gemeinschuldner durch Konkurseröffnung nicht notwendig die Kaufmannseigenschaft, sondern wird derselben nur dann verlustig, wenn er thatsächlich aufhört, gewerbsmässig Handelsgeschäfte zu betreiben. [1]) Ebenso bleibt die Verfügung über höchstpersönliche Rechte, z. B. die Befugnis der Ehefrau, Antrag auf Gütertrennung zu stellen, unberührt. [2]) Dass die Konkurseröffnung ihre Wirkungen auch auf das ausserhalb des Bezirkes des Konkursgerichtes liegende Vermögen des Schuldners erstreckt, ergiebt sich aus § 1 Abs. 1 sowie daraus, dass dem Gemeinschuldner die Befugnis zur Verwaltung seines ganzen Vermögens entzogen wird und aus der Beschränkung des Verfügungsrechtes erst die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Vermögen folgen. Die Zuständigkeit des Konkursgerichtes wird denn auch nicht durch die Orte, an welchen sich das Vermögen des Gemeinschuldners befindet, sondern durch dessen allgemeinen Gerichtsstand bestimmt. [3])

2) Nur das Recht, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen zu verwalten bezw. über dasselbe zu verfügen, nicht aber das Eigentumsrecht an den dazu gehörigen Gegenständen, wird dem Gemeinschuldner entzogen. Ein Vermögensübergang auf die Gläubiger findet nicht statt. (§ 1 Bem. I. 3). Durch das Wort „sein“ soll die Auffassung, dass eine Rechtsnachfolge der Gläubiger in das Vermögen des Schuldners stattfinde, ausgeschlossen werden. (K. S. 9.) Daraus, dass der Gemeinschuldner Eigentümer der zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände und Subjekt des diese Masse bildenden Vermögens bleibt, die Masse also weder den Gläubigern gehört, noch als selbständiges Rechtssubjekt aufzufassen ist, [4]) ergiebt sich, dass als Eigentümer oder Besitzer eines Grundstücks in das Grundbuch oder Hypothekenbuch nicht die Konkursmasse, sondern der Gemeinschuldner einzutragen ist. [5]) Man kann sich bei der gegebenen Rechtslage auch nicht der Folgerung entziehen, dass nur der Gemeinschuldner in den die Konkursmasse betreffenden Prozessen als Partei anzusehen und als solche zu bezeichnen ist. (Vergl. Bem. I. 1 zu § 8 ff.) [6]) Zu den Verwaltungsrechten, welche der Gemeinschuldner nach § 5 verliert, gehört auch die Ausübung des Jagdrechts durch die Occupation jagdbarer Tiere. [7]) Nur das Verfügungsrecht, nicht die Handlungsfähigkeit wird dem Gemeinschuldner entzogen; derselbe kann sich also sowohl bezüglich des nicht zur Masse gehörigen Vermögens als überhaupt für die Zukunft schon während des Konkursverfahrens wirksam verpflichten. Erkennt er in diesem Zeitraum die Forderung eines Gläubigers an, so kann sich letzterer nach Beendigung des Konkursverfahrens auf das von ihm angenommene Anerkenntnis berufen. [8]) Der Gemeinschuldner ist hienach nicht schlechthin prozessunfähig. [9]) (Vergl. Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.)

[1]) R.-G. (I) 4. März 1885, Gruchot's Beitr. Bd. 29 S. 987 ff.

[2]) O.-L.-G. Kolmar, 30. Jan. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 167.

[3]) V. v.Völderndorff Bd. I. S. 124, dessen Begründung allerdings nicht beigetreten werden kann.

[4]) V. hiezu Petersen in Busch's Zeitschr. Bd. IX. S. 1 ff., bes. S. 7 ff., 38 ff., 60.

[5]) V. R.-G. 20. Sept. 1887, jur. Wochenschr. S. 435 f.; Juristenzeitung Bd. V. S. 134; O.-L.-G. Hamburg 28. April 1887, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. VIII. S. 207.

[6]) V. R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 400 ff., bes. S. 408; ferner: O.-L.-G. Hamburg 20. März 1886, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. VIII. S. 212. A. M. R.-G. (I.) 15. Nov. 1882 Entsch. Bd. VIII. S. 406 ff., wo bes. S. 413 erklärt wird, dass der Gemeinschuldner in solchen Prozessen nicht Partei sein könne; vgl. Otto C. a. a. O. S. 24.

[7]) O.-L.-G. Kolmar 24. März 1882, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 134; Busch's Zeitschr. Bd. VII. S. 117.

[8]) R.-G. (VI.) 14. Febr. 1887, jur. Wochenschr. S. 96.

[9]) V. noch: R.-G. (III) 28. März 1882, (I) 11. Dez. 1884 u. 18. Febr. 1885, (III) 14. Dez. 1886, Entsch. Bd. VI. S. 400 ff., bes. S. 407; Bd. XIV. S. 408; Bolze Bd. I. Nr. 2176; jur. Wochenschr. 1887 S. 41; v. Wilmowski S. 57 u. 58; Mandry § 10 S. 100, 107 ff.; Dernburg Bd. II. S. 272 ff. § 113; Meves S. 19 ff.

Der Verlust des Verfügungsrechtes tritt nur den Konkursgläubigern gegenüber ein. Es ist deshalb eine letztwillige, nach Eröffnung des Verfahrens getroffene Verfügung des Gemeinschuldners nicht ohne weiteres ungültig. Vielmehr kann dieselbe auch bezüglich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens wirksam werden, wenn das Konkursverfahren später wieder aufgehoben wurde. Ja auch Verfügungen unter Lebenden können, obgleich sie nach Eröffnung des Konkursverfahrens getroffen wurden, nach gewissen Richtungen hin wirksam sein. (Vergl. Bem. I. 5 zu § 6.)

3) Der in Abs. 1 ausgesprochene Verlust tritt „mit der Eröffnung des Verfahrens" also mit der Stunde ein, welche nach § 100 als Zeitpunkt der Eröffnung zu gelten hat. Es ist hienach die Zeit, zu welcher die Zahlungseinstellung erfolgte, wenn dieselbe auch, in anderer Beziehung, zumal inbetreff der Anfechtung der vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen und der Aufrechnung von Bedeutung ist (§§ 22 ff. u. 46 ff.), und ebenso der Umstand, dass das Verfahren bereits vorbereitet oder beantragt war, soweit es sich um § 5 handelt, ohne Einfluss. Mit der Eröffnung des Verfahrens treten die in § 5 bezeichneten Wirkungen (was in § 4 Abs. 1 pr. Konkursordnung ausdrücklich gesagt war) von Rechts wegen ein. Weder die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses, noch dessen Verkündigung oder Zustellung an den Gemeinschuldner, noch die öffentliche Bekanntmachung ist für den Eintritt der im § 5 bezeichneten Wirkungen entscheidend, sondern lediglich die Stunde, in welcher die Eröffnung erfolgte. Dass schon vor der Eröffnung des Verfahrens gewisse Sicherungsmassregeln im Interesse der Gläubiger getroffen werden können (§ 98), ändert an dieser Auffassung nichts.

II. Ausübung des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes durch den Konkursverwalter.

1. Rechtliche Stellung des Konkursverwalters.

Die Rechte, deren Ausübung dem Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses entzogen ist, werden, so lange diese Beschränkung dauert, durch den Konkursverwalter ausgeübt und zwar geschieht dies „vermöge des Gesetzes und unabhängig von dem Willen des Gemeinschuldners." (M. S. 34.) Ob dieser Verwalter, dem nach der K.-O. im wesentlichen diejenige Thätigkeit zufällt, die im gemeinen Prozess unter den „Kurator" und den „Kontradiktor" verteilt war, als unmittelbarer Stellvertreter des Gemeinschuldners anzusehen sei, oder ob die Stellvertretung des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergehe und der Konkursverwalter lediglich als Vertreter der Gläubigerschaft erscheine, ist in der Rechtslehre bestritten. Auch findet sich in den verschiedenen Gesetzgebungen der eine wie der andere Standpunkt vertreten. In der K.-O. ist die Frage nicht ausdrücklich entschieden. Vielmehr wurde die Beantwortung der Frage, welche nicht bloss theoretische, sondern auch praktische Bedeutung hat (Petersen in Busch's Zeitschr. Bd. IX. S. 9) der Wissenschaft überlassen. (M. S. 16, 17.) In dieser Beziehung sind sehr verschiedene Auffassungen hervorgetreten. Die meisten Schriftsteller nehmen an, dass der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. [1]) Jedoch wird dies vielfach insoweit nicht anerkannt, als es sich um Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt. Von anderer Seite wird er als Vertreter der Gläubiger angesehen. [2]) Insbesondere wird ihm diese

[1]) V. v. Sarwey S. 30; v. Wilmowski S. 32, 35; Wengler S. 91 ff.; Willenbücher S. 18; Fitting S. 31 und 156 Anm. 1; Mandry § 50 S. 472, 473; Eccius Bd. I. S. 799 § 116 Anm. 26; Schollmeyer Zwischenstreit S. 98; Petersen in Busch's Zeitschr. Bd. IX. S. 11 ff.; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundschau 1883 S. 69; Oetker, Verfolgr. S. 105; Voss i. Arch. f. civ. Pr. Bd. 71 S. 285.

[2]) Hellmann, Lehrbuch S. 973 u. Krit. V. J. Bd. 27 S. 240; Seuffert a. a. O. S. 81 ff.; Weismann, Hauptinterv. S. 149 Anm. 29; Hartmann S. 4; Cosack S. 234; Grützmann S. 204 ff.; Jäckel S. 15; Otto S. 156.

Stellung häufig bezüglich der Anfechtung zugewiesen. Manche Schriftsteller nehmen an, er vertrete den Gemeinschuldner und die Gläubiger, [1]) wieder andere, er vertrete die als Rechtssubjekt anzusehende Konkursmasse [2]) oder diese Masse, die Gläubigerschaft und die einzelnen Gläubiger. [3]) Endlich wird angenommen, es handle sich überhaupt nicht um Vertretung einer Person oder mehrerer Personen [4]) oder der Konkursverwalter wird als Organ des Gerichtes bezeichnet. [5]) Was zunächst die Ansicht anbelangt, nach welcher derselbe Vertreter der Gläubiger oder einer „Gläubigerschaft" sein soll, so findet diese in den Vorschriften der K.-O. keinerlei Halt, wird vielmehr durch das gewählte System, nach welchem die Masse Vermögen des Gemeinschuldners bleibt und das Verwaltungs- und Verfügungsrecht nicht auf die Gläubiger übergeht, ausgeschlossen. Den Konkursgläubigern steht nach der K.-O. überhaupt keinerlei Recht an der Masse, sondern nur der Anspruch zu, aus derselben befriedigt zu werden. Die Zwangsverwaltung durch den Konkursverwalter ist in ihrem Interesse angeordnet. Aber sie wird nicht in ihrem Namen und in Ausübung der ihnen zustehenden Befugnisse geführt. Vielmehr gehen die Befugnisse, deren Ausübung dem Gemeinschuldner entzogen worden ist, unmittelbar und kraft Gesetzes auf den vom Gericht ernannten Konkursverwalter über, der an Stelle des Gemeinschuldners dessen zur Konkursmasse gehöriges Vermögen verwaltet und darüber verfügt. Dass den Gläubigern ein gewisser Einfluss auf die Verwaltung sowie eine Überwachung derselben eingeräumt ist und der Verwalter denselben Rechnung zu legen hat (§§ 78, 80 ff. 121—123.), erklärt sich daraus, dass das Konkursverfahren im wesentlichen die verhältnismässige Befriedigung der Konkursgläubiger durch Versilberung der Masse und Verteilung des Erlöses zum Zweck hat, der Verwalter also verpflichtet ist, die Verwaltung in einer diesem Zweck entsprechenden Weise zu führen und die Interessen der Gläubiger zu wahren. Aus diesem übrigens sehr beschränkten Überwachungsrecht kann sonach umsoweniger gefolgert werden, dass der Verwalter Bevollmächtigter oder Vertreter der Gläubiger sei, als er nach der K.-O. (§§ 70, 75) nicht von diesen, sondern vom Gericht ernannt wird und auch unter dessen Aufsicht steht. (V. im einzelnen Petersen a. a. O. S. 26—38.) Noch weniger als von einer Vertretung der Gläubiger durch den Konkursverwalter kann aber davon die Rede sein, dass er die „Konkursmasse" selbst als Vermögensinbegriff (Zweckvermögen) vertrete. Diese Auffassung ist rechtlich unmöglich, weil die Masse nach wie vor der Konkurseröffnung das Vermögen des Gemeinschuldners geblieben ist beziehungsweise zu demselben gehört, sonach nicht als subjektloses Vermögen aufgefasst werden kann. (V. hiezu Petersen a. a. O. S. 15—26.) Die Ansicht, dass der Verwalter, soweit er die ihm durch § 5 übertragenen Befugnisse ausübt, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist, steht übrigens nicht in Widerspruch mit der Auffassung, dass der Konkursverwalter sein Amt im staatlichen Auftrag führt und als Organ der Staatsgewalt anzusehen ist, deren Zwangsgewalt er ausübt. Das Konkursverfahren hat seinen Grund in dem durch die Zahlungsunfähigkeit bezw. Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners hervorgerufenen Bedürfnis nach einem besonderen, alle Interessen gleichmässig berücksichtigenden Rechtsschutz. Diesem Bedürfnis wird dadurch genügt, dass die Verwaltung des dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung gehörigen, die Masse bildenden, Vermögens und die Verfügung über dasselbe dem Schuldner entzogen wird und eine Zwangsverwaltung durch einen Verwalter eintritt, der die im Interesse der Gläubiger

[1]) Schultze, Konkursr. S. 36 ff., 64 ff.; Dernburg Bd. II. S. 283 § 115; Wach, Handbuch Bd. I. S. 542 ff. und 589 ff. Korn S. 28 ff. nimmt an, dass der Konkursverwalter im Anfechtungsprozess selbst Partei sei.

[2]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 41 u. 127; Stieglitz S. 41.

[3]) V. v. Canstein in Grünhut's Zeitschr. Bd. IX. S. 461 ff., 477 ff.

[4]) Fischer, Lehrbuch des pr. Privatr. S. 776, 778, und wohl auch Menzel a. a. O. S. 286 und 288.

[5]) Wieding in v. Holtzendorff's Rechtslexikon Bd. II. 2. S. 523, der übrigens eine mittelbare Vertretung des Gemeinschuldners zugiebt.

wie des Gemeinschuldners selbst erforderliche Liquidation unter der Aufsicht des Gerichtes durchführt. Dieser Verwalter leitet das Recht zur Zwangsverwaltung nicht von dem Willen des Gemeinschuldners ab, von dem er völlig unabhängig ist. Seine Rechte und Verpflichtungen haben vielmehr in dem ihm erteilten staatlichen Auftrag ihren Grund. Aber der Inhalt dieses Auftrags ist eben im wesentlichen der, dass der Konkursverwalter das die Konkursmasse bildende Vermögen des Gemeinschuldners an dessen Stelle verwaltet und sodann die Verwertung der gehörigen Gegenstände und die Verteilung des Erlöses durchführt. Er ist hienach Verwalter einer dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögensmasse und hat als solcher die dem Gemeinschuldner Dritten gegenüber zustehenden Rechte auszuüben wie die demselben obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen. Soweit es sich um die Erfüllung oder Nichterfüllung der von dem Gemeinschuldner abgeschlossenen oder um bei der Fortführung des Geschäftes neu abzuschliessende Rechtsgeschäfte oder um Geltendmachung der dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte durch Einleitung oder Fortführung von Prozessen handelt, ist überall der Gemeinschuldner als das Subjekt des vom Konkursverwalter verwalteten Vermögens auch Subjekt der einzelnen Rechtsgeschäfte und Prozesse. Jener wird durch dieselben unmittelbar berührt, da es sich hiebei darum handelt, ob sein Vermögen vermehrt oder vermindert wird, ja er erwirbt aus denselben unmittelbar Rechte und wird durch die Handlungen des Verwalters verpflichtet, was sich sofort geltend macht, wenn das Verfahren aufgehoben wird. Soweit der Verwalter bei Ausführung des ihm erteilten staatlichen Auftrags die dem Gemeinschuldner entzogene Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse ausübt, handelt er an Stelle des Gemeinschuldners, dem an sich die Verwaltung des Vermögens zusteht und die Befriedigung der Gläubiger obliegt, und muss hienach als dessen Vertreter angesehen werden. Er befindet sich in einer ähnlichen Lage, wie die gerichtlich ernannten Liquidatoren einer Handelsgesellschaft (Art. 133), bezüglich deren nicht bestritten werden kann, dass sie die Gesellschaft vertreten. (Art. 135 und 137 H.-G.-B.). Diese Stellung des Konkursverwalters ist aber auch keineswegs unverträglich mit den Vorschriften der Konkursordnung, insbesondere nicht mit seiner Stellung zu den Gläubigern und mit der Thätigkeit, welche er dem Gemeinschuldner gegenüber zu entwickeln hat. Aus dem Umstand, dass er in erster Linie die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, deren Befriedigung der Zweck des Verfahrens ist, sowie daraus, dass der Gemeinschuldner nicht handlungsunfähig wird, vielmehr Rechte und Verbindlichkeiten hat, erklärt sich vollkommen, dass der Konkursverwalter den Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten anzuhalten, ebenso aber auch der Gemeinschuldner ihm gegenüber seine Rechte (z. B. den Anspruch auf Unterhalt gemäss § 1 Absatz 2 geltend zu machen vermag und es auf diese Weise sogar zu Prozessen zwischen beiden kommen kann. Wenn der Konkursverwalter mit dem Gemeinschuldner, dessen allgemeiner Vertreter er nicht ist, sondern den er nur insoweit vertritt, als es sich um die Verwaltung der Konkursmasse handelt, ein Rechtsgeschäft (z. B. einen Vergleich) abschliesst oder einen Prozess führt, hat er hienach nicht zwei sich widerstreitende Parteirollen, ist insbesondere nicht gleichzeitig Kläger und Beklagter. Er handelt vielmehr in solchen Fällen nur als Verwalter der Konkursmasse, bezüglich deren er die Rechte des Gemeinschuldners gemäss § 5 ausübt, während dieser letztere Vermögensrechte geltend macht, welche nicht zur Konkursmasse gehören, durch den Konkurs nicht berührt werden. Zu Streitigkeiten zwischen beiden kann es insbesondere bezüglich der Frage kommen, ob ein bestimmter Gegenstand zur Masse gehört. Auch dass dem Verwalter die Ausübung des Anfechtungsrechtes übertragen ist, steht nicht in Widerspruch damit, dass er als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. Die Sache liegt zwar hier anders als bei der Klage des Vormunds auf Nichtigerklärung einer vom Mündel vorgenommenen Handlung, weil die nach §§ 6 u. 22 ff. K.-O. angefochtene Handlung für den Gemeinschuldner verbindlich bleibt. Aber dass der Konkursverwalter die in § 6 vorgesehene relative Nichtigkeit geltend machen und die Rückgewähr des durch eine anfechtbare Handlung Weggegebenen oder Veräusserten zur Masse fordern kann, schliesst jedenfalls nicht aus,

dass er in anderen Richtungen den Gemeinschuldner vertritt. Zweifelhaft kann es nur sein, ob er auch bei Ausübung des Anfechtungsrechtes als dessen Vertreter handelt. Es wird sich hienach lediglich fragen, bei welchen Handlungen der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist und das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners ausübt. In dieser Beziehung kann zunächst kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners behandelt werden muss, wenn er Dritten gegenüber die dem Gemeinschuldner zustehenden Ansprüche geltend macht und zum Zweck der Durchführung derselben Klage erhebt oder sich gegen solche Klagen, welche gegen ihn als Verwalter der Masse gerichtet sind und deren Verminderung bezwecken, insbesondere gegen Aussonderungs- und Absonderungsansprüche verteidigt. In allen derartigen Prozessen kann nur der Gemeinschuldner, der nach wie vor Subjekt des die Konkursmasse bildenden Vermögens ist, als Partei angesehen werden. Da ihm die Verfügungsgewalt über dieses Vermögen entzogen ist und an seiner Stelle vom Konkursverwalter ausgeübt wird, bleibt für denselben keine andere Stellung als die eines gesetzlichen Vertreters des Gemeinschuldners. (V. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 38 ff.) Als solcher muss der Verwalter aber auch angesehen werden, soweit er Handlungen des Gemeinschuldners nach § 6 als nichtig anficht und die Herausgabe der veräusserten Gegenstände verlangt oder gemäss § 29 das Anfechtungsrecht ausübt, obgleich diese Nichtigkeitsklage und das Recht der Anfechtung bloss im Interesse der Konkursgläubiger eingeführt ist und dem Gemeinschuldner selbst auch nach Beendigung des Konkursverfahrens nicht zusteht. In beiden Richtungen handelt es sich wesentlich darum, der Konkursmasse Gegenstände zu erhalten, welche vom Gemeinschuldner Dritten zugewendet worden sind oder zugewendet werden sollen, oder doch die Rückgewähr des Veräusserten oder Weggegebenen herbeizuführen. Den Gläubigern steht das auf die §§ 22 ff. der Konkursordnung gegründete Anfechtungsrecht nicht zu. Denn seine Ausübung ist ausschliesslich dem Konkursverwalter eingeräumt und zwar lediglich in seiner Eigenschaft als Verwalter des dem Gemeinschuldner gehörigen, die Konkursmasse bildenden Vermögens. Wie der Gemeinschuldner Subjekt dieses Vermögens ist, muss er auch in den auf sein Vermögen bezüglichen dessen Vermehrung oder Erhaltung bezweckenden Prozessen als Subjekt gelten. Wenn der Konkursverwalter in einem gegen ihn als Vertreter des Gemeinschuldners eingeleiteten Prozesse, in welchem der Gegner wegen einer Forderung an den Gemeinschuldner, bezw. eines Aussonderungs- oder Absonderungsanspruchs Klage erhoben hat, das Anfechtungsrecht durch Einrede geltend macht, muss angenommen werden, dass er auch in letzterer Beziehung als Verwalter der zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Konkursmasse d. h. als dessen Vertreter handelt. Andernfalls wäre nicht abzusehen, wie er dazu kommen könnte, das Anfechtungsrecht in diesem Prozesse durch Einrede geltend zu machen. Anders liegt die Sache aber auch nicht, wenn der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners einen sonstigen demselben zustehenden Anspruch klageweise geltend macht und eine der Klage entgegengesetzte Einrede oder sonstige Bestreitung dadurch zu entkräften sucht, dass er das Anfechtungsrecht auf dem Wege der Replik ausübt. In allen diesen Fällen handelt es sich in erster Linie darum, ob ein dem Gemeinschuldner zustehender oder gegen denselben gerichteter Anspruch an sich begründet ist. Erst in zweiter Linie kommt das Anfechtungsrecht in Betracht. Von der einen oder anderen Seite wird ein Anspruch geltend gemacht, bei dem der Gemeinschuldner Subjekt des geltend gemachten Rechtes oder der behaupteten Verbindlichkeit ist. Der Konkursverwalter hat hiebei überall die Aufgabe, der Konkursmasse einen bestimmten, zum Vermögen des Gemeinschuldners gehörigen Bestandteil zu erhalten. (V. noch Petersen [1]) in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 45 ff., Bd. X. S. 24 und 30—42.

[1]) So auch v. Wilmowski S. 44; Mandry § 50 S. 472, 473; Willenbücher S. 18 Nr. 3; Fitting § 5 S. 31 und § 17 S. 156 und jetzt auch Eccius Bd. I. S. 799 § 116 Anm. 26. A. M. sind:

2. *Wirksamkeit der vom Konkursverwalter vorgenommenen Rechtshandlungen. Verantwortlichkeit desselben.*

Die Befugnisse des Konkursverwalters sind im einzelnen im zweiten Buche (§§ 107 ff.) geregelt. Im allgemeinen ist zu bemerken, dass derselbe berechtigt ist, alle Eigentumsbefugnisse des Gemeinschuldners auszuüben, soweit das Gesetz selbst ihm nicht besondere Schranken auferlegt. Hat er thatsächlich wider den Zweck der Verwaltung verstossen, d. h. nachteilig gehandelt, so kann er sich dadurch dem Schuldner oder den Gläubigern verantwortlich machen. Aber was er innerhalb der ihm auferlegten Schranken gethan hat, bleibt nach allen Richtungen gültig. (M. S. 34.)

Soweit es sich um das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen" handelt, hat der Konkursverwalter alle diejenigen Befugnisse, die ohne den Konkurs dem Gemeinschuldner zustehen würden. Auch sind die von ihm vorgenommenen Handlungen für den Gemeinschuldner ebenso bindend, als ob er dessen Bevollmächtigter wäre. Nur ist er, da seine Vollmacht auf dem Gesetz beruht, vom Gemeinschuldner ganz unabhängig. Dieser kann sich, wenn er seine Interessen gefährdet glaubt, lediglich an das Konkursgericht wenden, unter dessen Aufsicht der Konkursverwalter steht. (§§ 75 und 76.) Als allgemeine Richtschnur für die Verwaltung dient die Vorschrift des § 74, „dass der Verwalter die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat." Bezüglich einzelner Handlungen hat derselbe (nach §§ 121—123) die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einzuholen. Hat er dies unterlassen, so bleiben aber die von ihm vorgenommenen Handlungen Dritten gegenüber dennoch in Kraft (§ 124). Auch soweit der Konkursverwalter der erwähnten Genehmigung bedarf, braucht er, um handeln zu können, einen Nachweis derselben nicht zu führen. Nach aussen hin genügt vielmehr der Nachweis der Bestellung als Konkursverwalter (§ 73).[1] Die Handlungen des Verwalters, insbesondere die von demselben abgeschlossenen Verträge und geführten Prozesse, belasten die Konkursmasse (§§ 51 u. 52) als das dem Vertretenen gehörige Vermögen. Ein Schadenersatzanspruch kann hienach als Masseforderung geltend gemacht werden.[2]

3. *Aufgabe des Konkursverwalters im allgemeinen. Umfang der Befugnisse desselben.*

Der Konkursverwalter hat die zur Masse gehörigen Gegenstände zu verwerten und so lange dies nicht geschehen kann, zu verwalten. Diese Aufgabe lässt sich nicht immer auf einfache Weise lösen; vielmehr kann hiezu, namentlich wenn es sich um Fortführung eines Geschäftes handelt, die Vornahme von selbständigen Rechtshandlungen und die Übernahme neuer Verbindlichkeiten notwendig sein. In solchen Fällen ist der Konkursverwalter berechtigt, alles zu thun, was mit dem Zwecke vereinbar ist, die Masse und die in ihr enthaltenen Rechte zu verwerten. Insbesondere ist derselbe befugt, neue Rechtsgeschäfte einzugehen und die noch fehlende Unterschrift des Gemeinschuldners zu ergänzen. Auch der Abschluss von Kauf- oder Darlehensverträgen sowie die Verpfändung von Massegegenständen kann sich als notwendig erweisen. (M. S. 34 u. 35.) Durch die in dieser Weise übernommenen Verbindlichkeiten wird auch der Gemeinschuldner verpflichtet und diese Verpflichtung kann geltend gemacht werden, wenn der Konkurs aufgehoben worden ist. Die Vertretung des Konkursverwalters bezieht sich zwar nur auf den Umfang des Konkursverfahrens, aber auf alle zu demselben

Schultze, Konkursr. S. 64 ff.; Dernburg Bd. II. S. 283 § 115 Anm. 16; Otto, S. 156 ff.; Grützmann S. 204; Jäckel S. 196 ff.; Korn S. 24; Cosack S. 231 ff., bes. S. 234; Menzel S. 287, 288.

[1]) O.-L.-G. Dresden 31. Jan. 1881, Wengler, Arch. N. F. III. S. 11 ff.

[2]) R.-G. (I.) 1. Dez. 1886, jur. Wochenschrift 1887 S. 14.

in Beziehung stehenden Rechtsakte, also auch auf die von einem Absonderungsberechtigten betriebene Zwangsvollstreckung. Die Zustellungen in diesem Verfahren haben, da der abgesonderte Gegenstand zur Masse gehört, nicht an den Gemeinschuldner, sondern an den Verwalter zu geschehen.[1])

Zu Freigebungen aus der Masse ist der Konkursverwalter an sich, d. h. sofern die in Frage stehenden Gegenstände in vorteilhafter Weise verwertet werden können, nicht befugt. Ebensowenig darf derselbe aus dem Bestand der Masse etwas verschenken, insbesondere nicht Forderungen des Gemeinschuldners erlassen. (V. §§ 107 u. 121.)[2]) Doch kann es gerechtfertigt sein, dass er die Verwertung bestimmter Sachen, weil dabei kein Überschuss über die Kosten zu erwarten ist, unterlässt oder auf die Geltendmachung gewisser Forderungen oder sonstiger Ansprüche, weil dieselben bestritten sind und voraussichtlich nur Kosten für die Masse entstehen, verzichtet. Tritt ein solcher Fall ein, so steht, wenn die Ansprüche der Konkursmasse endgültig aufgegeben werden, die Verfügung über die fraglichen Gegenstände oder Forderungen dem Gemeinschuldner zu. Dieser ist, da die Beschränkung des § 5 weggefallen ist, berechtigt, auf seine Gefahr und Kosten die Verwertung bezw. die Durchführung eines Prozesses zu unternehmen. (V. §§ 8 ff. Bem. II. 1.) Auch soweit es sich um das Anfechtungsrecht handelt, hat der Konkursverwalter darüber zu entscheiden, ob dasselbe mit Erfolg ausgeübt werden kann oder ob es vorteilhafter ist, von demselben abzusehen. In dieser Hinsicht ist gleichfalls § 74 massgebend.

4. *Wechselrechtliche Fragen. Befugnis zur nachträglichen Unterschrift. Präsentation und Protest.*

Im Anschluss an die in Bem. 3 mitgeteilten Ausführungen wurde in den Motiven bemerkt, dass, wenn von dem Gemeinschuldner ein Wechselaccept mit der Berechtigung erworben worden sei, jederzeit auf dasselbe seinen Namen als Aussteller zu setzen, derselbe aber bisher dies zu thun versäumt habe, der Konkursverwalter, um das Accept verwertbar zu machen, die fehlende Unterschrift ausfüllen dürfe. Eine besondere Vorschrift wurde ungeachtet der abweichenden Entscheidungen des preussischen Obertribunals vom 31. März 1857 und 12. Dez. 1865 (Entsch. Bd. 35 S. 445 ff., Striethorst, Arch. Bd. 60 S. 293) für entbehrlich gehalten, weil das Gesetz nur den Grundsatz aufzustellen und dessen Anwendung der Praxis zu überlassen habe. Der in den Motiven aufgestellten Ansicht ist zuzustimmen. Das Recht der Ausfüllung des Wechsels haftet, wie in einem Erkenntnis des R.-O.-H.-G. vom 4. Sept. 1874 (Entsch. Bd. 14 S. 54 ff.) mit Rücksicht auf die Erben des Blankettempfängers ausgeführt wurde, „keineswegs an der Person des Empfängers, kann vielmehr, soweit nicht eine besondere Abrede entgegensteht, auch auf dritte Personen übertragen werden.“ Der Konkursverwalter hat sowohl seinen Namen als denjenigen des Gemeinschuldners beizufügen.[3])

In Beziehung auf das Wechselrecht ist noch die Frage streitig, ob die Präsentation zur Zahlung, sowie die Protesterhebung mangels Zahlung, deren Notwendigkeit durch das Konkursverfahren keineswegs beseitigt wird, bei dem in Konkurs geratenen Acceptanten selbst zu erfolgen habe, wie mit Rücksicht auf die formale Bedeutung des Protestes von der einen Seite behauptet wird, oder ob dieselbe bei dem Konkursverwalter als dessen Vertreter geschehen müsse. Auch entsteht derselbe Zweifel, wenn es sich um Protest mangels Annahme bei dem in Konkurs befindlichen Bezogenen oder um Präsentation und Protesterhebung bei dem Domiciliaten handelt. In allen diesen Fällen kann die Protesterhebung in wirksamer Weise bei dem Gemeinschuldner und nur bei diesem selbst erfolgen, da nur dessen Unfähig-

[1]) L.-G. Zabern 4. Mai 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 528.

[2]) R.-G. (VI.) 10. Mai 1886, Bl. für Rechtsanw. Bd. 51 S. 431.

[3]) V. Hullmann S. 69 ff.; v. Sarwey S. 32; v. Völderndorff Bd. I. S. 130 Anm. 30 u. 31; v. Wilmowski S. 59; Willenbücher S. 18 Z. 3a; Dernburg Bd. II. S. 283 § 115 Anm. 14.

keit oder Mangel an Bereitwilligkeit zur Zahlung festgestellt werden muss und der Wechselinhaber nicht verpflichtet ist, sich an eine andere Person zu wenden. Der Einwand, dass der Gemeinschuldner nach § 5 nicht mehr über die Masse verfügen, also auch nicht gültig zahlen könne, folglich die Unmöglichkeit, Zahlung zu erlangen, durch die Präsentation bei dem Verwalter und den darauf gefolgten Protest in genügender Weise festgestellt werde, ist nicht durchschlagend, da die Möglichkeit besteht, dass der Gemeinschuldner durch einen Dritten, z. B. durch einen Regresspflichtigen, in die Lage gesetzt wird, Zahlung zu leisten. [1])

5. *Annahme von letztwilligen Verfügungen. Verzicht auf dieselben.*

Bezüglich letztwilliger Verfügungen steht dem Konkursverwalter die Befugnis zur Annahme oder Ausschlagung nur dann zu, wenn die betr. Erbschaft bezw. das Vermächtnis überhaupt zur Konkursmasse gehört. (Bem. III. 3 zu § 1.) Erbschaften und Vermächtnisse, die erst nach der Konkurseröffnung erworben werden oder als nachher erworben gelten, fallen nicht in die Konkursmasse. Vielmehr ist es lediglich Sache des Gemeinschuldners, ob er dieselben annehmen oder darauf verzichten will. Bezüglich der Erbschaften oder Vermächtnisse, die zu dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Vermögen zu rechnen sind (§ 1), steht dagegen dem Konkursverwalter die Entscheidung darüber zu, ob er dieselben für die Masse erwerben oder auf den Erwerb verzichten will. Derselbe hat demnach auch diejenigen Handlungen vorzunehmen, die zur Verwirklichung oder Abwendung des Erwerbs erforderlich sind. Wenn der Konkursverwalter Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgeben will, muss er übrigens nach § 122 Z. 2 die Genehmigung des Gläubigerausschusses bezw. der Gläubigerversammlung einholen.

Verzichtet der Konkursverwalter auf eine dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung zugefallene Erbschaft oder auf ein Vermächtnis, so gelangen dieselben nicht in die Masse. Es können demnach die Konkursgläubiger keinerlei Anspruch darauf machen. Daraus folgt aber keineswegs, dass dem Gemeinschuldner, weil ihm bloss die Befugnis entzogen ist, sein „zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen", das Recht zustehe, die Erbschaft oder das Vermächtnis für sich zu erwerben. Hat der Konkursverwalter in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners die Erbschaft oder das Vermächtnis abgelehnt, so ist dessen Rechtshandlung auch für diesen bindend. Es liegt nicht eine Freigebung aus der Masse, sondern ein Verzicht auf den Erwerb vor, der auch den Gemeinschuldner hindert, Erbe bezw. Vermächtnisnehmer zu werden. Die Handlung des Konkursverwalters bezieht sich auf das an sich zur Masse gehörige Vermögen und ist deshalb für den Gemeinschuldner bindend. Nur wenn der Konkursverwalter sich darauf beschränkt, auf die Heranziehung der Erbschaft zur Masse zu verzichten, hat der Gemeinschuldner freie Hand. [2]) Nimmt der Verwalter an, so kann er wohl auf alle oder einzelne Vermögensstücke zugunsten des Gemeinschuldners verzichten, die Masse aber nicht von den Verpflichtungen befreien, die an die Annahme geknüpft sind.

Hat der Konkursverwalter eine Erbschaft angenommen, so können die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer, soweit ihnen nach den Bestimmungen der Landesgesetze ein Absonderungsrecht zusteht, abgesonderte Befriedigung aus den Nachlassgegenständen verlangen (§ 43). Reicht der Nachlass nicht hin, um alle Ansprüche der erwähnten Personen zu befriedigen, so können sich dieselben, soweit sie nicht befriedigt wurden, an die Konkursmasse halten, welche alle dem Erben obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen hat. In dieser Beziehung sind sie aber als einfache Konkursgläubiger anzusehen. Die-

[1]) V. Plenarentsch. des R.-O.-H.-G. vom 25. Mai 1878, Entsch. Bd. 24 S. 22; Borchardt Art. 91 Zus. 897 a S. 503; R.-G. (I.) 17. April 1880, Entsch. Bd. II. S. 23; ferner: v. Sarwey S. 32; v. Wilmowski S. 58; Stieglitz S. 42; Willenbücher S. 18; Meyes S. 20 Nr. II. A.

[2]) V. Hullmann S. 71 ff.; v. Sarwey S. 31; v. Wilmowski S. 60. A. M.: v. Völderndorff Bd. I. S. 132 Anm. 40; Stieglitz S. 43.

selben bleiben übrigens, sofern sie nicht vollständig befriedigt wurden, auch Gläubiger des Gemeinschuldners, der durch die Erklärungen des Konkursverwalters, wenn auch vielleicht gegen seinen Willen, Erbe geworden bezw. geblieben ist. Der Verwalter, der die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden hat (§ 74), muss hienach, sofern nicht unzweifelhaft feststeht, dass sich aus einer Erbschaft ein Überschuss ergeben wird, von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch machen, und kann sich, wenn er dies unterlässt, sowohl den Gläubigern als dem Gemeinschuldner gegenüber verantwortlich machen. Hat er eine Erbschaft unbedingt angenommen, so ist der Gemeinschuldner dadurch unbedingter Erbe geworden und kann nicht etwa seinerseits von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch machen.

§ 6.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen hat, sind den Konkursgläubigern gegenüber nichtig.

Dem anderen Teile ist die Gegenleistung aus der Masse zurückzugewähren, soweit letztere durch dieselbe bereichert ist.

Hat der Gemeinschuldner Rechtshandlungen am Tage der Eröffnung des Verfahrens vorgenommen, so wird vermutet, dass sie nach der Eröffnung vorgenommen worden sind.

(E. § 6; M. S. 35 ff.; K. S. 9 ff.; pr. K.-O. §§ 5 u. 43.)

I. Nichtigkeit der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen.
(Abs. 1 und 3.)

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Aus der Vorschrift des § 5 Abs. 1 folgt von selbst, dass diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche die durch diese Bestimmung ihm entzogene Befugnis voraussetzen, unwirksam sind, wenn sie nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurden. Es hätte deshalb einer ausdrücklichen Bestimmung, wie sie Abs. 1 des § enthält, gar nicht bedurft, um den Konkursgläubigern gegenüber die Wirksamkeit derartiger Handlungen auszuschliessen, welche eine Wirkung auf die Masse ausüben können. (M. S. 35.) Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche die Konkursmasse nicht berühren, werden auch nicht durch die Vorschrift des § betroffen, bleiben vielmehr zu Recht bestehen. Dies gilt besonders in Ansehung von Zahlungen, welche der Gemeinschuldner aus anderen Mitteln leistet, sowie bezüglich der Rechtsgeschäfte und Verbindlichkeiten, welche einen Einfluss auf die Konkursmasse nicht ausüben. Die Vorschrift ausdrücklich auf solche Rechtshandlungen zu beschränken, welche „sich auf die Konkursmasse beziehen“, oder „das zur Masse gehörige Vermögen betreffen“, oder „über das dem Konkursverfahren unterliegende Vermögen vorgenommen worden sind“, wurde deshalb unterlassen, weil man fürchtete, dadurch auch solche (besonders neu eingegangene) Rechtsgeschäfte auszuschliessen, welche in der That einen Einfluss auf die Konkursmasse ausüben. (M. S. 36, 37; K. S. 9 und 10.) [1]

[1]) v. Völderndorff bemerkt in Beziehung auf diese Frage (§ 6 Bem. c. S. 138), aus der im Gesetz gewählten Ausdrucksweise folge, dass auch diejenigen Handlungen des Gemeinschuldners, welche er unbeschränkt durch den Konkurs über neuen Erwerb u. s. w. vornehme, z. B. der Verzicht auf eine nach der Konkurseröffnung angefallene Erbschaft den Konkursgläubigern gegenüber ungültig seien. Diese auch von Meves (S. 21) geteilte Auffassung, welche allerdings nur unter

Eine Handlung berührt die Konkursmasse nicht bloss dann, wenn sie die Wirkung hat, den Bestand der Masse zu vermindern. Vielmehr fallen auch diejenigen Handlungen, welche auf die Befriedigung einzelner Konkursgläubiger einwirken und geeignet sind, dieselben besser oder schlechter zu stellen, unter die Vorschrift des §. Auch kann diese zur Anwendung kommen, obgleich sich weder eine unmittelbare Benachteiligung der Masse als solcher noch die eines einzelnen Konkursgläubigers nachweisen lässt. Es lässt sich nicht bei jeder Handlung von vornherein übersehen, ob und inwieweit sie die Masse benachteiligen wird. Deshalb wurde die Vorschrift nicht auf solche Rechtshandlungen beschränkt, „durch welche die Masse benachteiligt oder das Rangverhältnis der Gläubiger verändert wird.“ Dem Gemeinschuldner ist keinerlei Einwirkung auf die Masse gestattet. Andererseits ist anzunehmen, dass der Konkursverwalter, wenn eine solche dennoch vorgenommen und dadurch ein Vorteil für die Konkursmasse erzielt wurde, diesen Vorteil nicht zurückweisen, sondern die Handlung genehmigen wird. (M. S. 37.)

2. *Bedeutung des Wortes „Rechtshandlungen“.*

Welche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners unter die Vorschrift des § fallen, ist aus den in der vorigen Nummer aufgestellten Grundsätzen zu entnehmen. Die Anführung von Beispielen, wie sie § 5 der pr. K.-O. enthält, hat man weder für notwendig noch für empfehlenswert gehalten. (M. S. 37.) Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag, statt „Rechtshandlungen“ zu sagen „Verfügungen“ wurde zurückgezogen, nachdem von einem Regierungskommissär bemerkt worden war: „Unter einer Rechtshandlung im Sinne von § 6 sei jede verpflichtende Erklärung des Gemeinschuldners zu verstehen, welche eine Rückwirkung auf die Masse haben könne. Es brauche sich nicht immer um neu eingegangene Rechtsgeschäfte, sondern könne sich auch um Übernahme accessorischer Verbindlichkeiten, um Anerkenntnis bereits vor der Konkurseröffnung eingegangener Verpflichtungen u. s. w. handeln“. (K. S. 9 und 10.)

Nach den aufgestellten Grundsätzen ist jede Thätigkeit des Gemeinschuldners, welche als Ausübung des Verwaltungs- oder Verfügungsrechtes über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen desselben erscheint und hienach rechtlich die Ansprüche der Gläubiger berührt, als nichtig anzusehen, ohne dass es darauf ankommt, ob dieselbe gerade als „Rechtsgeschäft“ oder als „Verfügung“ über die Konkursmasse bezeichnet werden kann oder ob sie eine Benachteiligung der Konkursgläubiger thatsächlich zur Folge hat. Insbesondere sind nichtig diejenigen Handlungen, durch welche eine auf die Thätigkeit des Gemeinschuldners gestellte Bedingung erfüllt wird. (M. zu § 60 S. 279.)

3. *Rechtshandlungen der Bevollmächtigten des Gemeinschuldners.*

Im Gesetz ist nur von Rechtshandlungen die Rede, welche der „Gemeinschuldner“ vorgenommen hat. Es ist aber klar, dass die Konkursmasse auch durch solche Handlungen betroffen werden kann, welche von einem Bevollmächtigten oder sonstigen Stellvertreter desselben vorgenommen wurden. Bezüglich solcher Rechtshandlungen besondere Bestimmungen zu treffen, wie sie andere Gesetzgebungen enthalten, wurde unterlassen, weil man jede Kasuistik vermeiden, die Entscheidung der einzelnen Fälle vielmehr der Rechtslehre und Rechtsprechung überlassen wollte. (M. S. 37 ff.) Eine folgerichtige Anwendung des in

besonderen Verhältnissen, z. B. wenn der Konkursverwalter das Handelsgeschäft des Gemeinschuldners fortbetreibt und mit diesem, der ja ein neues Geschäft anfangen kann, Rechtsgeschäfte abschliesst, zu praktischen Unzuträglichkeiten führen würde, ist aber unhaltbar. Die Verfügungen des Gemeinschuldners über sein nicht zur Konkursmasse gehöriges Vermögen, welche die Konkursgläubiger gar nicht berühren, können durch die Vorschrift des § sowenig betroffen werden, als Handlungen, die sich überhaupt nicht auf das Vermögen beziehen. V. v. Sarwey S. 34, 35; Meisner S. 41; Willenbücher S. 20.

Abs. 1 des § aufgestellten Grundsatzes führt zu dem Ergebnis, dass alle diejenigen nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen, welche nichtig wären, wenn sie der Gemeinschuldner selbst vorgenommen hätte, auch dann nichtig sind, wenn sie von einem Bevollmächtigten vorgenommen wurden, und dass alle entgegenstehenden Vorschriften des Konkursrechtes oder bürgerlichen Rechtes ihre Geltung verloren haben. Die in § 6 angedrohte Nichtigkeit hat ihren Grund in der mangelnden Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners und tritt, soweit nicht besondere Vorschriften bestehen (vergl. § 7), auch dann ein, wenn die Personen, welche mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen, von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatten. Die von einem Bevollmächtigten vorgenommenen Rechtshandlungen können aber unter allen Umständen nur dieselbe Wirkung haben, wie wenn sie vom Gemeinschuldner selbst ausgegangen wären. Es kann nicht darauf ankommen, ob der Dritte, der mit einem Bevollmächtigten verhandelte, zur Zeit der in Frage stehenden Handlung wusste, dass der Konkurs über den Auftraggeber verhängt sei. Art. 1211 der bayerischen Prozessordnung, der eine davon abweichende Vorschrift enthält, ist schon nach § 4 des Einführungsgesetzes aufgehoben, würde aber jedenfalls durch die Vorschrift des § 6 beseitigt. Ebenso kann die Bestimmung des preussischen Landrechtes T. I. Tit. 13 § 200, nach welcher ein mit dem Bevollmächtigten abgeschlossenes Geschäft dann in Kraft bleibt, wenn der Dritte erst nachher von der eingetretenen Unfähigkeit des Machtgebers Wissenschaft erlangt hat, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, nicht mehr zur Anwendung kommen. Auch diejenigen Vorschriften, durch welche (wie in Art. 2008 des Code civil und Art. 46 H.-G.-B.) vorgeschrieben ist, dass das Erlöschen der Vollmacht bezw. der Prokura einem Dritten nicht entgegengehalten werden kann, wenn er von demselben keine Kenntnis hatte oder dasselbe nicht vorschriftsmässig bekannt gemacht wurde, können der Anwendung des § 6 nicht im Wege stehen. Es handelt sich hier nicht um ein Erlöschen der Vollmacht oder Prokura; die Vollmacht behält vielmehr ihre volle Kraft und es sind die vom Bevollmächtigten vorgenommenen Handlungen ungeachtet des Konkursverfahrens ebenso zu beurteilen, als ob sie der Auftraggeber selbst vorgenommen hätte. Eine grössere Bedeutung kann denselben aber nicht beigelegt werden. In den Motiven (S. 38) wurde zwar der Umstand, „dass die bürgerlichen Rechte in der Beurteilung der Frage, ob die nach dem Erlöschen des Auftragsverhältnisses vom Beauftragten mit einem Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen den Auftraggeber verpflichten, nicht miteinander übereinstimmten“, auch als Grund dafür angeführt, dass eine besondere Vorschrift nicht zu erlassen sei. Es handelt sich aber hier offenbar um eine ganz andere Frage. Auch wurde in den Motiven (a. a. O.) weiter bemerkt: „Doch wird in diesem Umstande nicht allein die Entscheidung der oben gestellten Frage zu finden sein.“ [1])

4. Zeit, zu der die Rechtshandlung vorgenommen wurde. (*Abs. 3.*)

Die Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner oder ein Bevollmächtigter desselben vor der Konkurseröffnung, d. h. v o r der Stunde, welche nach § 100 massgebend ist, vorgenommen hat, werden durch die Vorschrift des § 6 nicht betroffen, unterliegen vielmehr nur unter Umständen der Anfechtung (§§ 22 ff.). Da die Stunde, zu der die Vornahme der Handlung erfolgte, nicht immer leicht festzustellen ist, wird in Abs. 3 des § bezüglich der am Tage der Konkurseröffnung vorgenommenen Handlungen die Vermutung aufgestellt, dass dieselben vor Eröffnung des Verfahrens vorgenommen worden seien. Dabei war die Erwägung massgebend, dass nicht nur der Tag, sondern der A u g e n b l i c k, in welchem das in Frage stehende Rechtsgeschäft vorgenommen wurde, immer feststehen muss, wenn der Tag der Vornahme und der Tag der Konkurseröffnung zusammenfallen, und dass die aufgestellte Ver-

[1]) V. v. Sarwey S. 361 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. I. S. 135, 136; Stieglitz S. 46, 47; v. Wilmowski S. 65; Willenbücher S. 21; Fitting S. 221; Dernburg Bd. II. S. 277 § 114; Eccius Bd. I. S. 796 § 116; Mandry S. 104; R.-O.-H.-G. 3. Sept. 1878, Entsch. Bd. 24 S. 193 ff.

mutung, gegen welche der Gegenbeweis offen stehe, sich durch den Verdacht rechtfertige, welcher den am Tage der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen anklebe. (M. S. 39.)

5. *Wirkungen der Nichtigkeit. Beschränkung derselben auf die Konkursgläubiger.*

Während die Rechtshandlungen, von denen in Titel III (§§ 22 ff.) gehandelt wird, nur der Anfechtung unterliegen und, so lange sie nicht angefochten und vom Gerichte für ungültig erklärt werden, in voller Wirksamkeit bleiben, sind die Handlungen, welche durch die Vorschrift des § 6 betroffen werden, kraft Gesetzes als unwirksam anzusehen. Die Ungültigkeit ist eine Nichtigkeit. Nicht ein besonderer Umstand ausserhalb der Rechtshandlung ist es, welcher diese ungültig macht, vielmehr ist sie vermöge inneren Mangels, wegen der fehlenden Verfügungsfähigkeit ohne rechtliche Wirkung. Es bedarf daher nicht erst einer Thätigkeit, insbesondere nicht eines Rechtsmittels, um die Ungültigkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners herbeizuführen. (M. S. 35.) Der Richter hat die Unwirksamkeit, da es sich nicht um blosse Anfechtbarkeit handelt, von Amts wegen zu berücksichtigen.[1]) Er darf daher die nichtige Verfügung gegenüber einer Klage des Konkursverwalters auch dann nicht durchgreifen lassen, wenn dieser es unterliess, die Nichtigkeit ausdrücklich geltend zu machen, und bei dem Ausbleiben des verklagten Verwalters im Verhandlungstermin nicht Versäumnisurteil erlassen, wenn der Aus- oder Absonderungsanspruch des Klägers auf eine nichtige Verfügung des Gemeinschuldners gestützt wird. In der blossen Unthätigkeit des Konkursverwalters ist eine Gutheissung der nichtigen Verfügung nicht zu finden. Die Nichtigkeit ist jedoch keine absolute, sondern eine relative, da sie nicht allen Personen, sondern nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt und namentlich der Gemeinschuldner selbst sich auf dieselbe nicht berufen kann. Nur der Konkursverwalter, der die durch eine nichtige Handlung betroffene Masse verwaltet, kann die Nichtigkeit geltend machen. Dies ausdrücklich im Gesetz auszusprechen, wurde für entbehrlich gehalten. (M. S. 36.) Bei Anwendung des Grundsatzes ist übrigens stets festzuhalten, dass die Nichtigkeit nicht in einer verminderten oder aufgehobenen Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, sondern lediglich darin ihren Grund hat, dass demselben die Befugnis fehlt, über die Konkursmasse zu verfügen. Diese Unfähigkeit ist, was den Gegenstand und die Zeitdauer sowie die in Betracht kommenden Personen betrifft, eine beschränkte. Dadurch wird auch die Nichtigkeit beschränkt. Die Rechtshandlung des Gemeinschuldners kann, wenngleich sie ein zur Konkursmasse gehöriges Vermögensstück zum Gegenstand hat, für den Gemeinschuldner selbst und andere Personen als die Konkursgläubiger verbindlich sein. Auch kann sie unter Umständen selbst den früheren Konkursgläubigern gegenüber nach Aufhebung des Konkursverfahrens und nach Wiedererlangung der Verfügungsfähigkeit verbindliche Kraft bekommen.[2]) Inwieweit dies der Fall, inwieweit insbesondere Veräusserungen und Verpfändungen von Sachen der Konkursmasse nach Beendigung des Konkursverfahrens volle Kraft erlangen können, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. (M. a. a. O. K. S. 10.)

[1]) So auch: v. Sarwey S. 38; Wengler S. 98; v. Völderndorff Bd. I. S. 143; Stieglitz S. 48; v. Wilmowski S. 61; Dernburg Bd. II. S. 277 § 114 Anm. 14; Eccius Bd. I. S. 795 § 116 Anm. 18; Fischer, pr. Privatr. S. 778; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 49. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 32 und 109 ff.; Fitting S. 219, 220 Anm. 11; Windscheid, Pand. I. § 82 Anm. 8 und § 172a. Anm. 3b u. c.

[2]) Dass der Gemeinschuldner und seine Rechtsnachfolger die Nichtigkeit nicht nach Beendigung des Konkursverfahrens für sich geltend machen können, wurde auch unter der Herrschaft des gemeinen Prozesses entschieden. V. Seuffert, Arch. Bd. 9 Nr. 242, Bd. 30 Nr. 295; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 13 S. 93.

Man darf übrigens nicht annehmen, dass die Nichtigkeit nach Aufhebung des Verfahrens überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden könne, also auch ein Konkursgläubiger sich nicht mehr darauf berufen dürfe. Vielmehr darf dieser, wie in der Reichstagskommission (S. 10) hervorgehoben wurde, die Nichtigkeit geltend machen, „insoweit derselbe als Konkursgläubiger auftritt“. Sofern es sich um die Verfügung über ein zur Konkursmasse gehöriges Recht, z. B. um die Veräusserung eines erst nach Beendigung des Verfahrens ermittelten Massegegenstandes oder die Geltendmachung eines Anspruchs auf Gewährleistung handelt, und soweit der Gläubiger überhaupt ausserhalb des Konkursverfahrens in die Lage kommt, sich auf die bereits während desselben zur Geltung gekommene Nichtigkeit behufs Aufrechterhaltung des geschaffenen Zustandes zu berufen, ist die Vorschützung der Nichtigkeit nicht ausgeschlossen.[1])

II. Rückgewähr.

1. *Rückgewähr an die Masse.*

In Beziehung auf die Gegenstände, welche der Konkursmasse durch eine nichtige Rechtshandlung des Gemeinschuldners oder eines Bevollmächtigten desselben entzogen worden sind, folgt aus der Nichtigkeit des von dem Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtsgeschäftes von selbst das Recht des Konkursverwalters, alles das, was der Gemeinschuldner infolge eines solchen Geschäftes geleistet und der Masse entzogen hat, für die Konkursgläubiger zurückzufordern. Hatte der Gemeinschuldner aus dem zur Konkursmasse gehörigen Vermögen eine Sache veräussert oder eine Zahlung geleistet, so muss der Empfänger die Sache oder den gezahlten Betrag herausgeben, mag er im guten Glauben gewesen sein oder nicht, und mag er zum Empfang der Zahlung an sich berechtigt gewesen sein oder nicht.[2]) Inwieweit er, wenn die Sache nicht mehr oder nicht in dem früheren Zustande zurückgewährt werden kann, zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, bestimmt sich nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes über Rückgewähr des aus einem nichtigen Geschäfte Empfangenen. (M. S. 38.) In dieser Beziehung wird der gute Glaube des Erwerbers erheblich sein.[3]) Wer zufolge eines mit dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung abgeschlossenen Rechtsgeschäftes oder durch eine einseitige nach § 6 nichtige Verfügung desselben in den Besitz eines zur Masse gehörigen Gegenstandes gelangt ist, muss diesen herausgeben, da er denselben ohne Grund besitzt. Schwierigkeiten können nur dann entstehen, wenn der Gegenstand von der betr. Person an einen Dritten weiter veräussert worden ist, weil in diesem Falle die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über die Ansprüche solcher Drittbesitzer zur Anwendung kommen können und dieselben verschieden sind. Die Frage, ob in dieser Beziehung nach dem Vorgange der pr. K.-O. (§ 5 Abs. 2 und § 43 Abs. 2) eine besondere Vorschrift zu erlassen sei, wurde in den Motiven (S. 38) verneint und darauf hingewiesen, dass die Vorschriften der pr. K.-O. nicht überall auf die verschiedenen deutschen Civilrechte anwendbar seien, namentlich für die Gebiete des französischen Rechtes und die Länder, in denen der Grundsatz: „Hand muss Hand wahren“ Geltung habe, ausserdem auf Art. 74 W.-O. und die Art. 306 und 307 H.-G.-B. sowie auf viele Pfandrechtsysteme nicht passten.

[1]) V. v. Sarwey S. 37, 38; v. Völderndorff Bd. I. S. 142 Anm. 33, 34; v. Wilmowski S. 64; Stieglitz S. 52; Eccius Bd. I. S. 795 § 116 Anm. 18; Dernburg Bd. II. S. 277 § 114 Anm. 15; Mandry S. 102 Anm. 6; Willenbücher S. 21 Nr. 9. A. M.: Schultze, Konkursr. S. 33; Meisner S. 44 und Fitting S. 220. Erstere nehmen überhaupt an, dass die unter § 6 fallenden Rechtshandlungen nach Aufhebung des Konkursverfahrens allen früheren Gläubigern gegenüber wirksam sind, Fitting wenigstens dann, wenn der Verwalter die Nichtigkeit nicht während des Verfahrens geltend gemacht hat.

[2]) V. v. Wilmowski S. 63 ff; Willenbücher S. 20, 21 Nr. 6 u. 10; Stieglitz S. 50 Nr. VII. Fitting S. 222; Mandry S. 105; Eccius Bd. I. S. 796 § 116, der nur eine Ausnahme macht bezüglich des guten Glaubens an die Vollständigkeit der im Grundbuch enthaltenen Eintragungen. (V. auch § 106.) A. M. sind: v. Völderndorff Bd. I. S. 145; Meves S. 22; Dernburg a. a. O. S. 278.

[3]) V. v. Wilmowski S. 66; Stieglitz a. a. O.; Willenbücher S. 21 Nr. 10.

2. *Rückgewähr aus der Masse.* (*Abs. 2.*)

Dass die Gegenstände, welche zufolge des nichtigen Geschäftes in die Masse gelangten, von dem Konkursverwalter dann herauszugeben sind, wenn die Rückgewähr der andererseits der Masse entzogenen Gegenstände von dem andern Teile oder einem Dritten erzwungen werden konnte, ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da der Verwalter diese Gegenstände ohne Rechtsgrund besitzt. Anders liegt die Sache, wenn der Anspruch der Masse auf Rückgewähr gar nicht oder nur teilweise verwirklicht werden konnte. In diesem Falle würde die Masse, wenn das als Gegenleistung Erhaltene herausgegeben werden müsste, immerhin durch das nichtige Geschäft benachteiligt werden; deshalb ist die Gegenleistung nur insoweit zurückzugewähren, als die Masse durch dieselbe bereichert ist. Diese Einschränkung ist eine Folge aus der relativen Nichtigkeit, welche nur zugunsten der Konkursgläubiger besteht. Ob und inwieweit die Masse als bereichert erscheint, wird sich, wenn es sich um Leistungen handelt, die in Geld erfolgten oder in Geld angeschlagen werden können, unschwer beurteilen lassen. Auch lässt sich in diesem Falle die Ausgleichung leicht bewerkstelligen, indem von der einen oder anderen Seite der Überschuss herauszuzahlen ist. Stehen andere Gegenstände in Frage, so hat die Rückgabe in Natur zu geschehen. Auch ist, wenn dies nicht ausführbar, der Konkursverwalter berechtigt, die zur Masse gelangten Gegenstände solange zurückzuhalten, bis dieser das ihr Entzogene vollständig ersetzt wurde. Erfolgt die Entschädigung nicht, so hat er, da der Anspruch auf Rückgewähr nur im Falle einer Bereicherung der Masse begründet ist, die Befugnis, die Sache mit den übrigen zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen zu veräussern, und muss nur den etwaigen Überschuss aus dem Erlös herausgeben.

Der Anspruch auf Rückgewähr begründet nach § 52 Z. 3 eine Masseschuld. Soweit der andere Teil nicht aus der Masse befriedigt werden kann, bleiben ihm seine Entschädigungsansprüche gegen den Gemeinschuldner vorbehalten. Übrigens steht der Anspruch auf Rückgewähr aus der Masse nicht bloss demjenigen zu, mit dem der Gemeinschuldner ein nach § 6 nichtiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte, sondern auch dem Dritten, der einen der Masse entzogenen Gegenstand an diese zurückerstatten musste. In einem solchen Falle ist letzterer, der nicht schlechter gestellt werden darf als derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abschloss, als „der andere Teil" anzusehen. Die Rückgewähr aus der Masse erfolgt an diejenige Person, von welcher an die Masse zurückgewährt werden musste. [1])

§ 7.

Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist.

War die Leistung vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung erfolgt, so ist der Erfüllende befreit, wenn nicht bewiesen wird, dass ihm zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens bekannt war.

War die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung erfolgt, so wird der Erfüllende befreit, wenn er beweist, dass ihm

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 148 lit. g. A. M.: v. Wilmowski S. 66 Nr. 4.

zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

(E. § 7; M. S. 39 ff.; K. S. 10 ff.; pr. K.-O. § 7.)

1. Allgemeiner Grundsatz.

Wie die Handlungen und Leistungen, welche von dem Gemeinschuldner ausgingen, so sind auch die nach eröffnetem Verfahren an ihn geschehenen Leistungen gegenüber den Konkursgläubigern nichtig. Die dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zustehenden Ansprüche können sonach vom Konkursverwalter ohne Rücksicht auf die nach der Eröffnung des Verfahrens an denselben geschehenen Zahlungen oder sonstigen Leistungen geltend gemacht werden. Der Schuldner ist, soweit nicht der in Absatz 2 und 3 vorgesehene Ausnahmefall vorliegt, von der Verpflichtung zur nochmaligen Zahlung oder Leistung nur insoweit befreit, als er nachweisen kann, dass das Geleistete in die Konkursmasse gelangt, die Verbindlichkeit demnach erfüllt worden ist. Die in Frage stehende Leistung wird, soweit es sich um die Konkursgläubiger handelt, als nicht geschehen betrachtet; eine Anfechtung derselben ist ebensowenig erforderlich, als dies bezüglich der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Leistungen der Fall ist. Diejenigen Leistungen, welche sich auf einen nicht zur Konkursmasse gehörigen Anspruch beziehen, werden durch die Vorschrift des § nicht betroffen. Auch wird der Schuldner durch die an den Gemeinschuldner geschehene Leistung diesem gegenüber befreit und kann, falls er zu nochmaliger Leistung angehalten wird, vom Gemeinschuldner Rückersatz verlangen. Auch wenn es sich um die Leistung eines Absonderungsberechtigten handelt, kommt § 7 zur Anwendung, da der abzusondernde Gegenstand, mit Rücksicht auf den die Leistung erfolgt ist, immerhin zur Masse gehört. Soweit die Leistung eines Aussonderungsberechtigten in Frage steht, wird für die Anwendung des § in der Regel kein Raum sein, weil der auszusondernde Gegenstand nicht zur Masse gehört, es also an einer „zur Konkursmasse zu erfüllenden Verbindlichkeit fehlt.“ Liegt aber diese Voraussetzung vor und verlangt der Konkursverwalter von dem Aussonderungsberechtigten, dessen Recht ja nach § 35 ein persönliches sein kann, nochmalige Leistung, so hat § 7 Anwendung zu finden.[1])

2. Ausnahmebestimmung der Abs. 2 und 3.

In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde Abs. 1 auch dann Anwendung finden, wenn der Leistende von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte. Es würde demselben der gute Glaube so wenig nützen als dem durch § 6 betroffenen Gläubiger. Aus Billigkeitsgründen wurde aber vorgeschrieben, dass die an den Gemeinschuldner erfolgte Leistung auch der Konkursmasse gegenüber wirkt, wenn anzunehmen ist, dass der Schuldner von der Eröffnung des Verfahrens nichts wusste. Diese Vorschrift hat darin ihren Grund, dass der Schuldner nicht dasselbe Interesse an der Überwachung des Gemeinschuldners hat und nicht so leicht wie der Gläubiger Kenntnis von der Zahlungseinstellung erlangt, ferner darin, dass er von der Nichtigkeit der Leistungen härter als der Gläubiger betroffen wird, indem er doppelt bezahlen muss. (M. S. 39, 40; K. S. 10, 11.)

Die Vorschriften in Absatz 2 und 3 kommen natürlich auch dann zur Anwendung, wenn die Leistung von einem Bevollmächtigten des Schuldners vorgenommen wurde. Es muss aber dann die Unkenntnis von der Konkurseröffnung bei dem Vollmachtgeber und bei dem Bevollmächtigten vorhanden gewesen sein.[2]) Entscheidend ist, soweit es sich um die Unkenntnis des Vollmachtgebers handelt, nicht der Zeitpunkt der Auftragserteilung;

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 152 ff.; v. Wilmowski S. 68.

[2]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 160, 161; v. Wilmowski S. 68; Stieglitz S. 55; Willenbücher S. 22; Nr. 2 c.; Fitting § 24 Anm. 18 S. 223.

vielmehr fehlt es an den Voraussetzungen zur Anwendung von Abs. 2 oder 3, wenn der Vollmachtgeber vor der Leistung Kenntnis von der Konkurseröffnung erlangte und noch in der Lage war, den erteilten Auftrag zu widerrufen, dies aber unterliess.[1])

Die Beweislast bezüglich der Frage, ob die Leistung mit oder ohne Kenntnis der Konkurseröffnung erfolgte, ist durch Abs. 2 und 3 verschieden geregelt, je nachdem dieselbe vor oder nach der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung (§ 68) geschehen ist. Im letzteren Falle muss der Erfüllende beweisen, dass ihm die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war, im ersten Falle muss ihm die Kenntnis bewiesen werden. In beiden Fällen hat der Richter das Beweisergebnis nach freier Überzeugung zu würdigen. (§ 259 C.-P.-O.; M. S. 40.) Die Frage, ob die Vorschrift des § 6 Abs. 3 auch hier Anwendung zu finden hat, ist gegenstandslos, weil die am Tage der Konkurseröffnung erfolgte Leistung jedenfalls der öffentlichen Bekanntmachung vorherging, dem Erfüllenden also schon deshalb nachgewiesen werden muss, dass ihm die Eröffnung des Verfahrens zur Zeit der Leistung bekannt war.

§ 8.

Rechtsstreitigkeiten über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner anhängig sind, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, von dem Konkursverwalter aufgenommen werden. Wird die Aufnahme verzögert, so kommen die Bestimmungen des § 217 der Civilprozessordnung zur entsprechenden Anwendung.

Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreits ab, so kann sowohl der Gemeinschuldner als der Gegner denselben aufnehmen.

§ 9.

Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Aussonderung eines Gegenstandes aus der Konkursmasse oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist, können sowohl von dem Konkursverwalter als von dem Gegner aufgenommen werden.

Erkennt der Verwalter den Anspruch sofort an, so fallen ihm die Prozesskosten nicht zur Last.

§ 10.

Konkursgläubiger können ihre Forderungen auf Sicherstellung oder Befriedigung aus der Konkursmasse nur nach Massgabe der Vorschriften für das Konkursverfahren verfolgen.

(E. §§ 8—10; M. S. 41—49; K. S. 11 ff., 97 ff., 148 ff.; pr. K.-O. § 8.

[1]) So v. Völderndorff, v. Wilmowski und Willenbücher a. a. O. Den Zeitpunkt der Auftragserteilung halten Fitting und Stieglitz für entscheidend.

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Dass der Gemeinschuldner durch die Konkurseröffnung die Befugnis verliert, Prozesse über das die Konkursmasse bildende Vermögen weiter zu führen, ist eine Folgerung aus dem im § 5 aufgestellten Grundsatz. Seine nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen sind nach § 6 „den Gläubigern gegenüber" unwirksam; sie dürfen dem Verwalter nicht entgegengehalten werden und die den Zweck des Konkursverfahrens bildende Befriedigung der Gläubiger nicht hindern. (V. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 49 ff.) Der Gemeinschuldner kann sonach auch bezüglich des zur Masse gehörigen Vermögens keine Prozesse mit Wirksamkeit gegenüber den Gläubigern führen. Dem Konkursverwalter, nicht dem Gemeinschuldner, steht das Recht zur Führung derartiger Prozesse zu. Dies im Gesetz ausdrücklich auszusprechen, wurde für überflüssig gehalten. (M. S. 41 u. 42.) Soweit es sich um die unter §§ 8 und 9 fallenden Rechtsstreitigkeiten handelt, fehlt hienach dem Gemeinschuldner die Prozessfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, in diesen Prozessen vor Gericht zu stehen und dieselben selbständig, ohne Vertretung durch den Konkursverwalter zu führen. Diese Fähigkeit fehlt demselben, weil ihm insofern die Verfügungsbefugnisse und Verpflichtungsfähigkeit mangelt.[1]) Als unrichtig muss die in den Motiven (a. a. O.) dargelegte Auffassung angesehen werden, dass dem Gemeinschuldner die Legitimation zur Sache fehle. Dieser Mangel würde nicht eine Vertretung notwendig machen, sondern zur definitiven Abweisung der Klage führen. Der Gemeinschuldner ist zur Sache (aktiv bezw. passiv) legitimiert, weil die Masse zu seinem Vermögen gehört und er der Berechtigte oder Verpflichtete ist.[2])

Rechtsstreitigkeiten, welche nicht das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffen, sondern sich lediglich auf die Person des Gemeinschuldners beziehen (Statusklagen, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft, auf Vollziehung oder Scheidung der Ehe oder Gütertrennung, auf Vornahme oder Unterlassung an die Person geknüpfter Handlungen, Klagen auf Rechnungsstellung u. s. w.), werden durch die Konkurseröffnung nicht berührt, da der Gemeinschuldner in dieser Beziehung verpflichtungsfähig ist. Solche Klagen können ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren sowohl vom Gemeinschuldner als gegen ihn erhoben und fortgesetzt werden. Ebenso verhält es sich mit Prozessen zwischen dritten Personen, z. B. dem pfändenden Gläubiger des Gemeinschuldners und dem Dritten, der Eigentümer der gepfändeten Sache sein will,[3]) sowie mit Klagen, die zwar einen vermögensrechtlichen Anspruch verfolgen, aber einen solchen, der nicht zur Konkursmasse gehört, z. B. mit Klagen, welche sich auf dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung überlassene Gegenstände oder auf Ansprüche aus neuen, nach der Konkurseröffnung eingegangenen Rechtsgeschäften beziehen. (V. Bem. III. zu § 1.) Eine besondere Vorschrift wurde auch in dieser Beziehung für überflüssig gehalten. Auch Prozesse über Konkursforderungen gehören hierher, sofern die Befriedigung nicht aus der Konkursmasse verlangt wird. (M. a. a. O.) Ist in einem Rechtsstreit über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen nach der Konkurseröffnung eine Entscheidung getroffen worden, ohne dass der Konkursverwalter gehört wurde, so unterliegt diese Entscheidung wie das ganze nach der Konkurseröffnung stattgehabte Verfahren gemäss § 513 Z. 5 der C.-P.-O. der Aufhebung.[4])

2) Nach Eröffnung des Konkursverfahrens können folglich Prozesse, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, weder von dem Gemeinschuldner noch gegen denselben eingeleitet werden. Auch sind die in einem solchen Rechtsstreit ergehenden Entscheidungen den

[1]) V. R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 400 ff., bes. 408 u. R.-G. (III.) 14. Dez. 1886, jur. Wochenschr. 1887 S. 41; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 61; Wach, Handbuch Bd. I. S. 543; v. Sarwey S. 145; v. Wilmowski S. 69; Fitting §§ 5 u. 7 S. 32 u. 54; Willenbücher S. 25. V. dag. R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 u. 18. Febr. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 408; Bolze Bd. I. Nr. 2176.

[2]) V. die angeführten Schriftsteller. A. M.: Planck, Lehrbuch Bd. I. S. 215.

[3]) O.-L.-G. Kiel 29. Okt. 1880, Schlesw.-Holst. Anz. 1881 S. 10, Juristenzeit. Bd. V. S. 185.

[4]) R.-G. (IV.) 13. Dez. 1883, Juristenzeit. Bd. IX. S. 509 ff., bes. 512.

Konkursgläubigern gegenüber ohne Wirkung. Wie der Gemeinschuldner dann zur Anstellung einer Klage gegen Dritte berechtigt ist, wenn der Verwalter darauf verzichtet hat, den streitigen Gegenstand zur Masse zu ziehen bezw. eine Forderung geltend zu machen, so kann derselbe auch einen begonnenen Prozess weiter führen, wenn der Konkursverwalter die Aufnahme abgelehnt und dadurch erklärt hat, dass er den Gegenstand des Prozesses nicht als Bestandteil der Masse ansehe. Ebenso können die Gläubiger des Gemeinschuldners, wenn sie darauf verzichten, wegen ihrer Ansprüche aus der Konkursmasse Befriedigung zu suchen, diese vielmehr nur vom Gemeinschuldner selbst erhalten wollen, gegen denselben ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren Klage erheben. In solchen Fällen wird die Konkursmasse durch den Prozess nicht berührt. Durch § 11 der Konkursordnung wird nur Arrest- und Zwangsvollstreckung ausgeschlossen.

3) Sind zur Zeit der Konkurseröffnung Prozesse, welche sich auf die Konkursmasse beziehen, anhängig, so werden dieselben durch die Eröffnung des Verfahrens nach § 218 C.-P.-O. unterbrochen. Es treten von selbst die in § 226 C.-P.-O. vorgeschriebenen Wirkungen dieser Unterbrechung ein, ohne dass es hiezu einer besonderen Zustellung oder Verfügung bedürfte. Bezüglich des weiteren Verfahrens ist zu unterscheiden zwischen den Prozessen, welche die Aktivmasse betreffen, d. h. durch die Ansprüche geltend gemacht werden, welche die Teilungsmasse vermehren (M. S. 42) und zwischen den Prozessen über die Passivmasse, welche eine Konkursforderung verfolgen, auf Grund deren sich also die Beteiligung an der Verteilung der Masse bestimmt. (M. a. a. O.) Letztere Prozesse, deren Entscheidung auf den Betrag des unter die Gläubiger zu verteilenden Vermögens ohne Einfluss ist, dagegen auf die Höhe der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen bestimmend einwirkt, werden überhaupt nicht fortgesetzt, vielmehr sind die betr. Forderungen im Konkursverfahren geltend zu machen. (V. § 10 und Bem. III.) Rechtstreitigkeiten der ersteren Art können wieder aufgenommen und ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren zu Ende geführt werden. Die Art und Weise, in welcher die Aufnahme erfolgt, ist durch die §§ 8 und 9 geregelt. Ob ein Prozess für oder gegen den Gemeinschuldner anhängig ist, richtet sich danach, ob ein Anspruch des Gemeinschuldners in Frage steht, bezw. ein Anspruch von ihm erhoben wurde, den der Konkursverwalter weiter verfolgen will, oder ob sich der Gemeinschuldner nur gegen einen Angriff verteidigt hat. In der Regel ist der Umstand entscheidend, ob der Gemeinschuldner als Kläger aufgetreten oder verklagt worden ist. Doch ist dies nicht immer massgebend.[1]) So ist der Prozess, in welchem dem Gemeinschuldner gegenüber das Nichtvorhandensein eines von demselben behaupteten Rechtes (negativ) festgestellt werden soll oder die Löschung einer Hypothek beantragt wird, für den Gemeinschuldner anhängig, ebenso derjenige Rechtsstreit, in welchem es sich um Rückerstattung eines vom Kläger mittelst vorläufiger Zwangsvollstreckung eingezogenen vom Gemeinschuldner zurückgeforderten Betrags handelt,[2]) sowie der Feststellungsprozess, welcher gegen den Gemeinschuldner als Gläubiger in einem Konkurs erhoben worden ist und in welchem die Existenz einer von ihm bestrittenen Konkursforderung festgestellt werden soll. Denn der bestreitende Gläubiger will für sich durch die Bestreitung der Forderung einen Mitbewerber verdrängen und nötigt diesen dadurch zur Klage.[3]) Gerät im Falle einer Hauptintervention der Erstkläger in Konkurs, so ist der unterbrochene Interventionsprozess ebenso wie der Erstprozess als Aktivprozess im Sinne des § 8 anzusehen.[4])

4) In den Prozessen, welche durch die Konkurseröffnung lediglich eine Unterbrechung erfahren, tritt, wenn dieselben überhaupt fortgesetzt werden, der Konkursverwalter, nicht

[1]) V. Hullmann S. 83; v. Völderndorff Bd. I. S. 163; Stieglitz S. 59; v. Wilmowski S. 17; Fitting § 7 Anm. 5 u. S. 58; Willenbücher S. 24. A. M.: Meisner S. 58.

[2]) R.-G. (IV.) 31. Dez. 1883, Entsch. Bd. XI. S. 398 ff., Busch's Zeitschr. Bd. X. S. 387 ff.

[3]) R.-G. (I.) 18. Jan. 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 116.

[4]) V. Weismann, Hauptintervention S. 150.

die „Gläubigerschaft“, an die Stelle des Gemeinschuldners. (V. Bem. I. 2 zu § 2.) Nur dieser kann Prozesse, welche sich auf die Masse beziehen, weiter führen. (M. S. 42, 43.)

Von einem Übergang des Rechtsstreites auf eine „Gläubigerschaft“ kann nicht die Rede sein. Überhaupt findet ein Übergang nicht statt. Der Gemeinschuldner bleibt Subjekt des Prozesses, d. h. Partei. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 33.) [1]) Der Prozess wird für sein Vermögen gewonnen oder verloren; die streitigen Ansprüche und Verpflichtungen sind die seinigen geblieben. [2]) Das ergehende Urteil erwächst sonach für und gegen den Gemeinschuldner in Rechtskraft. [3]) Ob der Konkursverwalter von dem Recht der Aufnahme anhängiger Prozesse Gebrauch machen will, hat das Gesetz in sein Ermessen gestellt. Eine prozessuale Verpflichtung hiezu besteht nicht. Durch sein Amt ist derselbe jedoch dann zur Aufnahme verpflichtet, wenn dieselbe im Interesse der Masse liegt, d. h. für dieselbe nach vernünftigem Ermessen aus der Aufnahme ein Vorteil erwachsen kann.

5) Dass der Konkursverwalter die anhängigen Rechtstreitigkeiten nur „in der Lage, in welcher sie sich befinden“, aufnehmen kann, gilt auch für diejenigen Prozesse, von denen in § 9 gehandelt wird. In allen Fällen, in denen der Konkursverwalter den Prozess aufnimmt, wird dieser in der Lage fortgesetzt, in welcher er sich zur Zeit der Konkurseröffnung befand. „Was vorher von und mit dem Gemeinschuldner verhandelt, für und gegen ihn festgestellt ist, bleibt bestehen, — soweit nicht eine Anfechtung nach Massgabe des dritten Titels begründet ist.“ (M. S. 44.) Die Handlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vornahm, binden den Konkursverwalter nicht. Neben § 226 C.-P.-O., nach welchem die während der Unterbrechung vorgenommenen Prozesshandlungen „der anderen Partei gegenüber“ ohne rechtliche Wirkung sind, kommt hier § 6 K.-O. zur Anwendung. Nach diesem sind aber die Prozesshandlungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, unwirksam. Da der Gemeinschuldner, soweit es sich um die Konkursmasse betreffende Prozesse handelt, die Prozessfähigkeit verloren hat (Bem. I. 1 zu § 8 ff.), so ist nicht ihm, sondern dem Konkursverwalter der Parteieid zuzuschieben oder aufzuerlegen. [4]) Doch ist, da der Gemeinschuldner Partei bleibt und unter Umständen mehr Vertrauen verdient als ein Verschwender, die ausdehnende Anwendung des § 435 Abs. 2 gestattet. [5]) Das Gericht wird natürlich bei unzuverlässigen Personen von der ihm eingeräumten Befugnis keinen Gebrauch machen. Übrigens ist eine Gefährdung der Gläubiger durch Verweigerung des Eides seitens des Gemeinschuldners nicht leichthin anzunehmen, da derselbe ein Interesse daran hat, dass die Masse nicht durch die Prozessführung verringert wird. Die Frage, ob der Gemeinschuldner als Nebenpartei zuzulassen sei, wurde nach den Motiven (S. 44, 45) bei Aufstellung des Entwurfes verneint, weil man Kollusionen desselben mit der Gegenpartei ausschliessen müsse und der Gemeinschuldner, was er vorzubringen habe, dem Konkursverwalter mitteilen, sich auch wegen Pflichtversäumnis desselben

[1]) V. noch Schultze, Konkursr. S. 85; v. Wilmowski S. 69; ferner O.-L.-G. Kiel 31. März 1887, Schlesw.-Holst. Anz. v. 1888 S. 24. In den Motiven (S. 42 ff.), denen sich Stieglitz S. 58 anschliesst, wird der Konkursverwalter als Partei betrachtet, während v. Völderndorff die „Konkursmasse“ als solche ansieht.

[2]) V. R.-G. (I.) 17. April 1880, Entsch. Bd. II. S. 24.

[3]) V. v. Sarwey S. 45, 46; v. Wilmowski S. 70 Nr. 1 u. S. 76 a. E.; Willenbücher S. 25 Nr. 1; Fitting S. 57 § 7 Anm. 7; Dernburg Bd. II. S. 284 § 115. A. M. sind: Schultze S. 97 u. v. Völderndorff Bd. I. S. 168.

[4]) R.-G. (III.) 14. Dez. 1886, jur. Wochenschr. 1887 S. 41; O.-L.-G. Jena 10. Juli 1884, Bl. für Rechtspfl. Bd. 32 S. 155, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 248, 249; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundschau 1883 S. 69; v. Sarwey S. 46; v. Wilmowski S. 72 Nr. 4.

[5]) So auch Schultze, Konkursr. S. 96, 97; v. Völderndorff Bd. I. S. 167 Anm. 12; Fitting § 7 Anm. 17 S. 62; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 63. A. M. sind: Seuffert, C.-P.-O. § 435 Nr. 3 S. 515; v. Wilmowski S. 72; Stieglitz S. 58 Nr. 1; O.-L.-G. Darmstadt 15. Febr. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 370.

bei dem Konkursgericht beschweren könne. Nach der richtigen Auffassung bezüglich der Stellung des Konkursverwalters und Gemeinschuldners muss die Frage, ob der letztere als Nebenintervenient auftreten könne, verneint werden, da der Gemeinschuldner nicht in demselben Prozess zugleich durch den Konkursverwalter vertretene Hauptpartei sein und zu dessen Unterstützung in dem Prozess intervenieren kann.

II. Besondere Vorschriften bezüglich der Prozesse, welche sich auf die Aktivmasse beziehen. (§§ 8 und 9.)

1. Rechtsstreitigkeiten, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind. (*§ 8.*)

In § 8 wird von solchen Prozessen gehandelt, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind, d. h. in welchen dieser einen ihm nach seiner Meinung zustehenden Anspruch einem Dritten gegenüber behauptet hat. (Bem. I. 3 S. 46.) Ein derartiger Rechtsstreit kann nur vom Konkursverwalter, nicht vom Gegner aufgenommen werden. Wird die Aufnahme (§ 227 C.-P.-O.) in ungebührlicher Weise verzögert, so kann der Gegner gemäss § 217 C.-P.-O. den Konkursverwalter zur Aufnahme des Prozesses und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vorladen lassen. Erscheint der Konkursverwalter im Termine nicht, so ist durch Versäumnisurteil auszusprechen, dass das Verfahren von ihm aufgenommen sei. Vorausgesetzt wird jedoch nach § 300 Z. 1 C.-P.-O., dass die betreffende Partei den Nachweis erbringt, die geladene Person sei wirklich Konkursverwalter oder dass diese Thatsache in anderer Weise festgestellt, z. B. gerichtskundig ist. Die Eigenschaft als Konkursverwalter ergiebt sich nicht aus der Versäumnis; ob sie vorhanden ist, muss vielmehr (nach § 54 C.-P.-O.) von Amts wegen geprüft werden.[1]) Ob die Aufnahme verzögert wurde, hat das Gericht nach freiem Ermessen zu beurteilen. Hiebei ist darauf Rücksicht zu nehmen, dass der Verwalter (nach § 121 Z. 2) unter Umständen die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen hat. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Gegner des Gemeinschuldners mit dem in § 217 C.-P.-O. vorgesehenen Verfahren bis zur ersten Gläubigerversammlung warten muss. Solange kein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat der Konkursverwalter selbständig zu entscheiden.[2])

Lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann der Prozess von dem Gemeinschuldner fortgeführt und sowohl von diesem als vom Gegner aufgenommen werden. Dann entfällt die Anwendung des § 217 C.-P.-O.[3]) Die Ablehnung der Aufnahme muss in diesem Falle als Verzicht auf die Heranziehung des Streitgegenstandes zur Masse aufgefasst werden; sonst wäre der Gemeinschuldner nicht berechtigt, den Prozess weiterzuführen. Wollte der Verwalter den Gemeinschuldner beauftragen, den Prozess als sein Bevollmächtigter für Rechnung der Masse zu führen, so würde darin eine Aufnahme des Prozesses, nicht eine Ablehnung derselben, liegen. In der Reichstagskommission bemerkte Hullmann: „er fasse den Abs. 2 dahin auf, dass, wenn der Schuldner in einem Prozesse, dessen Aufnahme vom Verwalter abgelehnt worden, etwas erstritten habe, dies nicht zur Konkursmasse gehören solle.“ Regierungsrat Hagens erwiderte darauf: „der Verwalter werde sich bei der Ablehnung der Aufnahme des Rechtsstreites darüber aussprechen, ob er den Anspruch zur Masse ziehen wolle oder nicht. Unterlasse er eine solche Erklärung, so würde das letztere zu gelten haben.“ (K. S. 11.) Der mit der Ablehnung verbundene Vorbehalt, den Streitgegenstand, falls der Prozess gewonnen werden sollte, dennoch zur Masse zu ziehen, müsste als unwirksam angesehen werden.[4]) Dadurch wird nicht ausgeschlossen, dass das Ergebnis

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 169 Anm. 20; v. Wilmowski S. 73 Nr. 5; Fitting § 7 S. 56; Willenbücher S. 25 Z. 2.

[2]) V. Hullmann S. 80; Meisner S. 54 Anm. 7. A. M.: v. Sarwey S. 46 Bem. 5; v. Völderndorff Bd. I. S. 169 Anm. 18; Stieglitz S. 61 Anm. b.

[3]) R.-G. (I.) 18. Jan. 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 117 ff., bes. 118.

[4]) V. v. Sarwey S. 48; v. Völderndorff Bd. I. S. 171; Hullmann S. 80; Wengler S. 113.

des von dem Gemeinschuldner fortgeführten und gewonnenen Prozesses doch der Konkursmasse zu gute kommt. Hat er z. B. für sein zur Masse gehöriges Grundstück eine Servitut erstritten, so lässt sich dieselbe von diesem Grundstück nicht lösen.[1]) Der Ersatz der vor der Konkurseröffnung entstandenen Prozesskosten kann, falls der Verwalter die Aufnahme eines Prozesses ablehnte und der von dem Gemeinschuldner aufgenommene Prozess später gegen diesen entschieden wurde, im Konkursverfahren beansprucht werden. (Bem. IV. 2 zu § 2.)

2. *Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig sind.* (§ 9.)

Ist ein Prozess, in welchem es sich um den Bestand der Aktivmasse, nicht um eine im Konkursverfahren geltend zu machende Forderung handelt (vergl. Bem. III.), gegen den Gemeinschuldner als Beklagten eingeleitet worden, so kann der geltend gemachte Anspruch entweder ein Aussonderungsanspruch (§§ 35 ff.), oder ein Absonderungsanspruch (§§ 39 ff.), oder ein persönlicher Anspruch sein, der gegen den Gemeinschuldner gerichtet ist, sich aber für das Konkursrecht als Masseschuld (§§ 50 ff.) darstellt. Dies letztere ist nur in dem Falle denkbar, dass die Klage auf einem mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen zweiseitigen Vertrage beruht, dessen Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird (vergl. §§ 15 ff. und § 52 Nr. 2); die übrigen Fälle einer Masseschuld setzen voraus, dass das Rechtsgeschäft, aus welchem der Anspruch entsprungen ist, oder wenigstens die Entstehung des Anspruchs selbst erst in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt; sie können demnach einem vor der Konkurseröffnung gegen den Gemeinschuldner angestellten und gegen den Verwalter fortzuführenden Prozesse nicht zu Grunde liegen. (M. S. 45.) Nimmt der Konkursverwalter den anhängigen Prozess für die Masse auf, indem er den geltend gemachten Anspruch bestreitet, so wird der Prozess einfach seinen Gang gehen. Lehnt derselbe dagegen ab, so gilt der Klageanspruch als anerkannt. Der Konkursverwalter kann den Kläger weder an den Gemeinschuldner noch auf einen neuen, gegen ihn selbst anzustellenden, Prozess verweisen. Er hat vielmehr nur die Wahl, ob er den Prozess unter Bestreitung des Anspruchs fortführen oder diesen letzteren anerkennen will. (M. S. 45, 46; K. S. 97, 98.) Es handelt sich hier um Ansprüche, welche aus der Masse befriedigt werden sollen, also vom Verwalter erfüllt oder bestritten werden müssen.

Erklärt der Konkursverwalter, dass er den Gegenstand, um welchen im Prozess gestritten wird, nicht zur Masse rechne, so liegt darin nicht eine Anerkennung des vom Gegner erhobenen Anspruchs, sondern es wird damit nur festgestellt, dass für die Anwendung des § 9 kein Anlass vorliege. Hienach handelt es sich nicht mehr um Aussonderung oder abgesonderte Befriedigung im Sinne der Konkursordnung, sondern um einen gegen das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners gerichteten, mit diesem auszutragenden Anspruch. Es liegt kein Grund vor, den Konkursverwalter, wenn er die mit der Weiterführung des Prozesses verbundene Gefahr der Verurteilung zu den Prozesskosten nicht übernehmen will, zu einer auch für den Gemeinschuldner verbindlichen Anerkennung zu nötigen. Die Sache liegt hier nicht anders als in den unter § 8 gehörigen Fällen. Ein Anerkenntnis des Konkursverwalters kann nur in der Weise erfolgen, dass er als Vertreter des Gemeinschuldners den Prozess aufnimmt und in dieser Eigenschaft über den Prozessgegenstand verfügt.[2])

Das Anerkenntnis des Verwalters hindert den Erlass eines Urteils nicht. Vielmehr

[1]) V. v. Sarwey u. v. Völderndorff a. a. O. A. M.: Hullmann S. 83; Fitting § 7 S. 57; v. Wilmowski S. 74; Willenbücher S. 25, 26 Nr. 3. Letztere nehmen mit Unrecht an, dass in diesem Falle der Gemeinschuldner nicht zur Sache legitimiert sei.

[2]) V. v. Sarwey S. 51; v. Wilmowski S. 76 Nr. 5; Stieglitz S. 64; Fitting § 7 S. 59. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. I. S. 176, 177; Willenbücher S. 26 Nr. 6.

ist er bezw. der Gemeinschuldner auf Antrag dem Anerkenntnis gemäss zu verurteilen. (V. § 278 C.-P.-O.) Die Kosten sind, wenn der Konkursverwalter unterliegt, als Masseschuld zu behandeln. (§ 52 Z. 1.) Erkennt derselbe den Anspruch des Gegners sofort an, so hat dieser die Kosten zu tragen.

III. Rechtsstreitigkeiten, welche sich auf die Passivmasse beziehen. (§ 10.)

In Beziehung auf die Geltendmachung von Konkursforderungen, welche lediglich einen Anspruch auf Berücksichtigung bei der Verteilung der Masse gewähren, gilt der Grundsatz, dass kein Konkursgläubiger eine Forderung, deren Befriedigung aus der Masse er verlangt, ausserhalb des gemeinschaftlichen Verfahrens verfolgen darf. (M. S. 46.) Will der Gläubiger auf Befriedigung aus der Konkursmasse verzichten, so kann er allerdings gegen den Gemeinschuldner Klage erheben oder einen bereits eingeleiteten Prozess diesem gegenüber durchführen. (Bem. I. 1.)[1] Will er an der Ausschüttung der Konkursmasse teilnehmen, so steht ihm dagegen, gleichviel ob bereits ein Prozess anhängig ist oder nicht, nur ein Weg offen, nämlich der, seine Forderung im Konkursverfahren anzumelden. (§ 126 ff.) Wird die Forderung im Konkursverfahren nicht bestritten, so gilt dieselbe als festgesellt und die Eintragung in die Tabelle wirkt allen Konkursgläubigern gegenüber wie ein rechtskräftiges Urteil. (§ 133.) Auch kann dieselbe vom Gemeinschuldner, der sich nach § 129 Abs. 2 über die Forderungen zu erklären hat, später nicht mehr bestritten werden. Wird gegen die Zulassung der Forderung Widerspruch erhoben, so kann der zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens anhängige Prozess aufgenommen werden, gleichviel ob der Widerspruch vom Gemeinschuldner oder vom Konkursverwalter oder von einem Gläubiger ausging. (§ 132 und § 134 Abs. 3.) Jedoch kann die Aufnahme nur durch den Konkursgläubiger geschehen, dessen Forderung bestritten wurde. Dieser hat darüber zu entscheiden, ob er die Feststellung seiner Forderung verfolgen will.[2]) War ein solcher Prozess noch nicht anhängig, so ist es im allgemeinen Sache des betr. Konkursgläubigers, die Feststellung seiner Forderung durch Erhebung einer Klage gegen die Bestreitenden zu betreiben. Nur wenn für die Forderung ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist der Widerspruch von dem Widersprechenden (d. h. von dem Verwalter oder dem bestreitenden Konkursgläubiger) zu verfolgen. (§ 134 Abs. 6.)

Auch diejenigen Konkursforderungen, welche sonst im Verwaltungswege geltend zu machen sind, werden durch die Vorschrift des § 10 getroffen und unterliegen der Anmeldung und Verfolgung im Konkursverfahren. Auf sie findet aber nicht die C.-P.-O. Anwendung. Ob und wie etwa anhängige Verwaltungsprozesse durch die Konkurseröffnung unterbrochen werden, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften. (M. S. 49.) In § 134 Abs. 5 ist übrigens ausdrücklich bestimmt, dass die Vorschriften des ersten, dritten und vierten Absatzes dieses § auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung finden. (Vergl. die Bem. zu diesem §.)

[1]) Das pr. Obertribunal hielt die Verfolgung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner ausserhalb des Konkursverfahrens, insbesondere die Anstellung von Klagen zum Zweck der Feststellung einer Wechselforderung unter der Herrschaft der pr. K.-O. für unstatthaft. (Striethorst, Arch. Bd. 21 S. 341, Bd. 31 S. 348 ff., Bd. 32 S. 161 ff., Bd. 33 S. 215 ff., Bd. 38 S. 77, Bd. 55 S. 326.) Diese Auffassung, der sich das R.-O.-H.-G. angeschlossen hatte (Entsch. Bd. 12 Nr. 76 S. 237), deren Richtigkeit aber bestritten wurde, ist jedoch für die deutsche Konkursordnung nicht zutreffend. V. auch O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1883, Hanseat. Gerichtszeit. (Beiblatt) 1884 S. 5; Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 382; v. Sarwey S. 53; v. Wilmowski S. 79; v. Völderndorff Bd. I. S. 181. A. M. ist: Fitting § 9 Anm. 6 u. 7 S. 79, weil eine Klage auf Erfüllung verfrüht sei. Der Mangel an Befriedigungsmitteln berührt aber die Fälligkeit nicht und die §§ 10 u. 11 stehen einer derartigen Klage nicht im Wege.

[2]) R.-G. (VI.) 24. Jan. 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 358.

§ 11.

Während der Dauer des Konkursverfahrens finden Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners statt.

(E. § 11; M. S. 49 ff.; K. S. 12 ff.; pr. K.-O. § 9.)

1) Die Vorschrift des § hat in dem durch die Konkurseröffnung begründeten Anspruch der Konkursgläubiger auf gemeinsame Befriedigung aus der Masse ihren Grund. Soweit nicht durch frühere Pfändung ein Absonderungsanspruch begründet ist (vergl. Bem. 2), wird durch die Konkurseröffnung jede Zwangsvollstreckung zugunsten einzelner Konkursgläubiger ohne Rücksicht auf das Stadium, in dem sich dieselbe befindet, bezüglich der zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände gehemmt. Deren Verwertung steht (nach § 107) lediglich dem Konkursverwalter zu, der nach §§ 116 und 117 auch berechtigt ist, die Zwangsvollstreckung hinsichtlich solcher Gegenstände zu betreiben, welche zunächst zur Befriedigung von Absonderungsberechtigten zu dienen haben. Der vom Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung gemachte Erwerb, der nach § 1 nicht zur Konkursmasse gehört, fällt an sich nicht unter den aufgestellten Grundsatz. Die Vorschrift des § wurde jedoch auch auf diesen Erwerb und auf die Anlegung von Arresten ausgedehnt, weil sonst die Absicht, dem Gemeinschuldner wieder die Erwerbs- und Kreditfähigkeit zu eröffnen, vereitelt und die Gleichheit unter den Konkursgläubigern zugunsten der näher wohnenden beeinträchtigt würde. (M. S. 52; K. S. 12-14.)

Die Vorschriften des § finden auf alle zur Teilnahme am Konkursverfahren befugten Gläubiger Anwendung, ohne dass hiebei in Betracht kommt, ob sich dieselben thatsächlich am Verfahren beteiligen. (Bem. I. 3 zu § 2.) Ein Konkursgläubiger, der darauf verzichtet, aus der Konkursmasse Befriedigung zu erhalten, kann sonach zwar gegen den Gemeinschuldner ohne Rücksicht auf die Konkurseröffnung Klage erheben, bezw. einen anhängigen Prozess weiterführen (vergl. Bem. III. zu §§ 8 ff.), aber zur Vollstreckung des erwirkten Urteils erst nach Beendigung des Konkursverfahrens schreiten.[1]) Da der neue Erwerb den Konkursgläubigern entzogen werden soll, können dieselben in einem während des anhängigen Verfahrens eröffneten neuen Konkursverfahren ihre Forderungen nicht nochmals anmelden.[2]) Übrigens bezieht sich § 11 natürlich nur auf die Wirkungen eines im Deutschen Reich eröffneten Konkursverfahrens. (V. § 207.)[3])

2) Durch die Vorschrift des § werden nur die „Konkursgläubiger“ betroffen; dagegen findet dieselbe auf solche Personen, welche nicht zu den Konkursgläubigern gehören, oder doch, wie die Absonderungsberechtigten (§§ 39 ff.), in erster Linie ihre Befriedigung ausserhalb des Konkursverfahrens suchen dürfen, keine Anwendung. Wer die Erfüllung seines Anspruchs ohne Rücksicht auf das Konkursverfahren verlangen kann, darf dieselbe nötigenfalls auch im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingen. Von Ausnahmebestimmungen zu Ungunsten einzelner Absonderungsberechtigter wurde abgesehen. (M. S. 49, 50.) Auch wegen solcher Forderungen, die nach § 56 Z. 3 und 4 im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden dürfen, können sich die Gläubiger an das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners halten. Dieselben sind nach § 56 nicht Konkursgläubiger, werden sonach durch § 11

[1]) V. O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 382.

[2]) V. Hullmann S. 90; v. Sarwey S. 56 Nr. 3a; v. Wilmowski S. 80 Nr. 4; Stieglitz S. 71 Nr. III.; Fitting § 13 Anm. 27 S. 125.

[3]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884, Entsch. Bd. XIV. S. 407.

nicht betroffen. Sie befinden sich in der nämlichen Lage, wie wenn ihre Forderungen nach der Konkurseröffnung entstanden wären, sind auch dadurch keineswegs besser gestellt als bei Nichtvorhandensein des § 56. In den Motiven (S. 271) wurde die Vorschrift des § 56 anscheinend nicht genügend gewürdigt. Dies berechtigt aber nicht dazu, den § 11 auf solche Personen anzuwenden, welche nicht Konkursgläubiger sind.[1])

Die gemäss § 744 der C.-P.-O. erfolgende Benachrichtigung von einer bevorstehenden Pfändung ist von der Pfändung selbst zu unterscheiden. Ungeachtet dieser Benachrichtigung kann der Gläubiger, wenn vor der Pfändung das Konkursverfahren eröffnet wird, die beabsichtigte Zwangsvollstreckung nicht weiter betreiben. Der Vorschrift des § 744 Abs. 2 wird durch die Konkurseröffnung nicht genügt; diese ist überhaupt nicht Pfändung (Bem. zu § 41 Z. 9), jedenfalls nicht Pfändung zugunsten eines einzelnen Gläubigers.[2])

Soweit es sich um eine von einem Absonderungsberechtigten betriebene Zwangsvollstreckung handelt, wird durch die Konkurseröffnung eine Unterbrechung des Verfahrens nicht bewirkt. Das Zwangsvollstreckungsverfahren ist nicht als „Rechtsstreit“ im Sinne der C.-P.-O. anzusehen. Auch wird dasselbe nach §§ 693 ff. C.-P.-O. selbst durch den Tod des Schuldners nicht unterbrochen. (V. Petersen C.-P.-O. § 218 Bem. 1. a. E.)[3]) Dem Konkursverwalter steht nach § 117 K.-O. die Befugnis zu, das Verfahren für Rechnung der Masse zu übernehmen.

§ 12.

Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte an Gegenständen der Konkursmasse können nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nicht mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger erworben oder eingetragen werden, wenngleich der Anspruch auf den Erwerb oder die Eintragung schon vor der Eröffnung des Verfahrens begründet gewesen ist.

(E. § 12; M. S. 53 ff.; K. S. 14; pr. K.-O. § 10.)

1) Auch die Vorschrift des § 12 ist eine Folge des Grundsatzes, dass die Konkursgläubiger durch die Konkurseröffnung einen Anspruch auf g e m e i n s a m e Befriedigung aus der Masse erwerben. Aus diesem Grundsatz folgt, dass nach Eröffnung des Verfahrens die Lage eines Konkursgläubigers nicht durch Vorzugs- oder Sicherungsrechte zum Nachteil der andern Gläubiger verbessert werden darf, vielmehr alle dem Schuldner gehörigen Gegenstände, soweit sie nicht einem Absonderungsberechtigten dinglich verhaftet sind, zur gemeinschaftlichen Teilungsmasse kommen und bei derselben bleiben. Nach Eröffnung des Verfahrens können Absonderungsrechte nicht mehr erworben werden. (M. S. 53.) Der Gläubiger, welcher eines der in Frage stehenden Vorzugsrechte geltend macht, muss hienach beweisen, dass dieses Recht schon vor der Konkurseröffnung entstanden, bezw. eingetragen worden ist. Eine Vermutung, wie sie § 6 Abs. 3 zum Nachteil des Gemeinschuldners aufstellt, steht den ein Absonde-

[1]) V. Fitting § 8 Anm. 21 S. 73; v. Wilmowski S. 80 Nr. 2; Dernburg Bd. II. S. 287 § 116 Anm. 12. A. M. sind: v. Sarwey S. 53; v. Völderndorff Bd. I. S. 186; Willenbücher S. 28 Nr. 2 b.; Stieglitz S. 68 Nr. II. V. jedoch die Ausführungen des letzteren zu § 178 Nr. II. S. 652.

[2]) A. M.: v. Völderndorff in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 168 ff., bes. 170, 171.

[3]) V. noch: v. Sarwey S. 54; v. Völderndorff Bd. I. S. 187; v. Wilmowski S. 81; Willenbücher S. 28 Nr. 3 c.; Fitting § 7 Anm. 23 S. 64. A. M.: Hauser in der Zeitschr. f. Reichs- und Landesr. Bd. III. S. 468 ff.

rungsrecht beanspruchenden Gläubigern nicht zur Seite. Diese Vorschrift darf als Ausnahme von den Grundsätzen über die Beweislast überhaupt nicht auf andere Verhältnisse entsprechend angewandt werden. Ausserdem trifft der Grund derselben, die Absicht, die Gläubiger gegen Unredlichkeiten des Gemeinschuldners zu schützen, hier nicht zu. Eine von diesem vorgenommene Rechtshandlung steht an sich nicht in Frage.[1])

2) Handlungen des Gemeinschuldners, welche nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommen werden und die Einräumung eines Absonderungsrechtes zum Gegenstand haben, werden schon durch § 6 betroffen. Die Vorschrift des § bezieht sich sonach hauptsächlich auf diejenigen Fälle, in denen zum Erwerb des Rechtes, auf dem der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung beruht, ausser der Handlung des Gemeinschuldners noch eine weitere Thatsache erforderlich ist, welche sich ohne die Thätigkeit desselben vollzieht. In allen diesen Fällen soll, wenn die andere Thatsache erst nach der Konkurseröffnung eintrat, der Erwerb des betr. Pfandrechtes, Zurückbehaltungsrechtes u. s. w. den Konkursgläubigern gegenüber auch dann unwirksam sein, wenn der Anspruch auf denselben schon vor der Konkurseröffnung begründet war. Ein dingliches Recht kann hienach den Konkursgläubigern gegenüber nur dann geltend gemacht werden, wenn es als solches schon vor der Eröffnung des Verfahrens vorhanden gewesen ist. Dagegen kann nicht die Umwandlung des persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder sonstigen Erwerb eines dinglichen Rechtes durch eine nach der Konkurseröffnung erfolgende Handlung verwirklicht und so nachträglich ein dingliches Recht erworben werden. (M. S. 53.)

Die Durchführung dieses Grundsatzes kann, da das Landesrecht in vielen Fällen entscheidend ist, in den einzelnen Ländern zu verschiedenen Ergebnissen führen. Soweit bewegliche Sachen oder Forderungen in Frage stehen, sind in erster Linie die §§ 40 und 41 der Konkursordnung massgebend und wird es sich immer nur darum handeln, ob ein Faustpfandrecht oder sonstiges Vorzugsrecht vor Eröffnung des Konkursverfahrens schon endgültig erworben war oder ob zur Vollendung des Erwerbs noch eine besondere Handlung erforderlich ist. Bestand schon vor der Eröffnung des Verfahrens der Anspruch auf Einräumung eines Faustpfands, wurde aber der Besitz der in Frage stehenden Sachen erst nach der Konkurseröffnung übertragen, so ist ein Absonderungsrecht, da die Wirksamkeit des Faustpfandes den Besitz zur Voraussetzung hat (§ 14 des Einführungsgesetzes), nicht begründet. Ebenso kann das auf der Vorschrift des § 41 Z. 9 beruhende Absonderungsrecht nur dann in wirsamer Weise geltend gemacht werden, wenn die Pfändung vor Eröffnung des Verfahrens erfolgte. (M. S. 54.)

Soweit unbewegliche Sachen in Frage stehen, kommt dem Landesrecht nach § 39 eine weitgehende Bedeutung zu, da hienach die Gegenstände, „welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören“, zur abgesonderten Befriedigung dienen, „insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht“, die Frage, ob ein solches Recht begründet und in welchem Umfang dasselbe zu berücksichtigen ist bezw. welche Rangordnung gilt, aber nach der Landesgesetzgebung beurteilt werden muss. (§ 39.) Es kommt hienach immer darauf an, ob nach dem bürgerlichen Rechte das in Frage stehende Pfandrecht oder Vorzugsrecht schon kraft der Einräumung durch die Schuldner oder kraft Gesetzes oder richterlichen Urteils entsteht oder ob das Gesetz bezw. der Vertrag oder das Urteil nur einen Titel für die Eintragung bildet und nur durch diese das dingliche Recht erworben wird. Im letzteren Falle kommt § 12 regelmässig zur Anwendung, wenn die Handlung oder eine der Handlungen, durch welche der Erwerb der Hypothek bewirkt wird, erst nach der Konkurseröffnung vorgenommen wurde. Welche

[1]) V. v. Sarwey S. 57 Nr. 2; v. Wilmowski S. 85; Meisner S. 64; Willenbücher S. 29; ferner Stieglitz S. 76 Nr. V., welcher jedoch die Beweislast dem Konkursverwalter auferlegt. A. M.: v. Völderndorff Bd. I. S. 194.

Handlung die entscheidende ist, ob der Antrag auf Bewirkung der Eintragung oder diese selbst, oder die Aushändigung der Bescheinigung über die Eintragung, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurteilen, ebenso die Frage, welche Bedeutung nur vorsorglichen Eintragungen oder Vormerkungen zukommt. Bezüglich des preussischen Rechtes hat das frühere Obertribunal unter der Herrschaft der preussischen Konkursordnung angenommen, dass die Anmeldung zur Eintragung entscheidend sei, indem die Wirkung der Eintragung, nämlich der Erwerb des dinglichen Rechtes, auf den Zeitpunkt der Anmeldung des Eintragungsbegehrens zurückzubeziehen sei. Auch wird diese Auffassung von vielen Schriftstellern geteilt.[1]) Es ist jedoch mit der jetzt herrschenden Ansicht anzunehmen, dass lediglich der Zeitpunkt derjenigen Eintragung massgebend sei, durch welche die Hypothek entsteht.[2]) Nach bayerischem Hypothekenrecht (Ges. v. 1. Juni 1822 § 10) setzt der Hypothekenerwerb die Eintragung voraus. Auch nach französischem Recht ist die Wirksamkeit der Hypothek gegenüber dritten Personen im allgemeinen durch die Eintragung bedingt. (Art. 2106, 2134 C. c.) Es giebt jedoch Ausnahmen von diesem Grundsatz. (V. Art. 2108 und 2135 C. c.; bayer. Ausführungsgesetz Art. 201, bad. Ausführungsgesetz § 25; els.-lothr. Ausführungsgesetz § 24; hess. Ausführungsgesetz Art. 89.)[3])

Mit Rücksicht auf die Vorschriften des französischen Hypothekenrechtes wurde, in Abweichung von § 10 der preussischen Konkursordnung, eine Fassung gewählt, nach welcher auch die gültig erworbenen Vorzugsrechte und Hypotheken nach der Konkurseröffnung nicht mehr mit verbindlicher Kraft gegen die Konkursgläubiger eingetragen werden können. Nur solche Vorzugsrechte und Hypotheken, denen unabhängig von der Eintragung Dritten gegenüber eine dingliche Wirkung zukommt (v. Art. 2107 und 2135 C. c.), können hienach im Gebiet des französischen Rechtes ein Absonderungsrecht begründen, obgleich eine Eintragung vor der Konkurseröffnung nicht erfolgt bezw. die Vormerkung im Tagebuch, deren Zeitangabe für die Eintragung (nach Art. 2200 C. c.) massgebend ist, noch nicht geschehen war. (M. S. 55, 56.)

3) Der Erwerb oder die Eintragung eines der im § aufgezählten Rechte kann auch nach der Konkurseröffnung erfolgen und gewisse Wirkungen haben. Nur den **Konkursgläubigern** gegenüber sind die betreffenden Handlungen unwirksam, indem ein Absonderungsrecht auf dieselben nicht gestützt werden kann. Diese Beschränkung ergiebt sich aus dem Wortlaut des § sowie daraus, dass selbst die in § 6 angedrohte Nichtigkeit nur den Konkursgläubigern gegenüber wirkt. In den Motiven (S. 56 und 57) wurde bemerkt, die Vorschrift des § 12 solle auch in den Gebieten, in welchen das Absonderungsrecht erst mit der Eintragung entstehe, die Vornahme der Eintragung nicht ausschliessen, nur solle diese gegenüber den Konkursgläubigern keine verbindliche Kraft haben. Der **Gemeinschuldner** darf sich nicht auf die Unwirksamkeit der Eintragung berufen. Dieselbe kann aber unter Umständen auch andern Personen und nach Aufhebung des Konkurses selbst den frühern Konkursgläubigern entgegengesetzt werden. Ob und unter welchen Umständen das der Fall ist, richtet sich nach dem bürgerlichen Recht. Nach diesem ist auch die Frage zu beurteilen, ob eine erst nach der Konkurseröffnung erworbene oder eingetragene Hypothek dadurch, dass sie an einen redlichen Dritten gelangt ist, in dessen Händen noch während des Konkurses auf Grund „des guten Glaubens des Hypothekenbuchs“ verbindliche Kraft gegen die Konkursgläubiger gewinnt.

Der Eintritt eines anderen in das vor der Konkurseröffnung begründete Absonderungsrecht eines Gläubigers wird durch § 12 nicht ausgeschlossen. Die Übertragung eines solchen

[1]) V. Striethorst, Arch. Bd. 52 S. 129, Bd. 97 S. 12 ff.; ferner: Dernburg Bd. I. § 200 Anm. 9 Bd. II. § 114 Anm. 26; v. Wilmowski S. 82 Nr. 3; Willenbücher S. 30.

[2]) R.-G. (I.) 24. Juni 1884, (V.) 17. Okt. und 25. Nov. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 99, 275, 291; v. Völderndorff Bd. I. S. 196; v. Sarwey S. 58, 59; Meisner S. 67. 68.

[3]) V. hiezu noch v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12 S. 374 und O.-L.-G. Zweibr. 12. Okt. 1880 u. 3. Jan. 1883, ebendas. Bd. 12 S. 639, Bd. 14 S. 455 ff.

Rechtes zugunsten eines den Absonderungsberechtigten auszahlenden Gläubigers besonders zu erleichtern, wie es in § 11 der preussischen Konkursordnung geschehen war, wurde jedoch nicht als angemessen angesehen. Es ist vielmehr die Frage, welche Form für die Übertragung vorgeschrieben bezw. ob eine Cession notwendig sei, nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Ebenso wurde die Frage, ob und inwieweit ein Gläubiger während des Konkursverfahrens genötigt werden kann, sich abfinden und einen andern an seine Stelle eintreten zu lassen, dem Landesrechte vorbehalten. (M. S. 57.)

§ 13.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hemmt nicht den Lauf der Verjährung. Durch die Anmeldung einer Konkursforderung wird deren Verjährung unterbrochen.

(E. § 13; M. S. 58 ff.; K. S. 14 ff.; pr. K.-O. § 8.)

1) Die Vorschrift des § hat darin ihren Grund, dass nach der Konkursordnung die Gläubiger des Gemeinschuldners in der Verfolgung ihrer Rechte nicht gehindert sind, sondern, soweit sie nicht aus der Konkursmasse Befriedigung suchen, gegen den Gemeinschuldner Klage auf Feststellung erheben können (v. Bem. I. 1 und III. zu §§ 8 ff.). Es hat hienach sowohl der Konkursverwalter bezüglich der Forderungen des Gemeinschuldners, als jeder Gläubiger hinsichtlich seiner eigenen Forderungen dafür zu sorgen, dass die Verjährung nicht eintritt. Die Konkurseröffnung unterbricht weder die tilgende noch die zur Erwerbung führende Verjährung. Will sich ein Konkursgläubiger zunächst an die Konkursmasse halten und meldet er deshalb seine Forderung gemäss § 127 im Konkursverfahren an, so hat dies dieselbe Wirkung, als ob er gegen den Gemeinschuldner Klage erhoben hätte. Die Anmeldung enthält mittelbar auch eine Verfolgung gegen die Person des Gemeinschuldners. (M. S. 59.) Dass die durch Anmeldung der Forderung bewirkte Unterbrechung der Verjährung auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirkt, wurde als selbstverständlich angesehen. (K. S. 14, 15.) Die Anmeldung der Forderung im Konkursverfahren begründet übrigens Rechtshängigkeit hinsichtlich derselben nicht. Ebensowenig steht andererseits einer Anmeldung der Umstand im Weg, dass bezüglich der Forderung ein Prozess anhängig ist.[1]) Unterlässt der Konkursgläubiger die Anmeldung, so muss er, wenn er den Eintritt der Verjährung hindern will, die Feststellung seiner Ansprüche auf dem Wege der Klage verfolgen und dadurch eine Unterbrechung der Verjährung herbeiführen. Ebenso muss die Unterbrechung durch Klagerhebung in allen den Fällen erfolgen, in welchen es sich nicht um eine „Konkursforderung“ (Bem. I. 3 zu § 2) handelt.

2) Die Vorschriften des § erstrecken sich auf alle Arten von Forderungen, insbesondere auch auf die Verjährung der Wechselforderungen. Die Vorschrift des Art. 80 der W.-O., nach welcher die Verjährung der Wechselklagen nur durch die Behändigung der Klage und durch die Streitverkündigung vonseite des Beklagten unterbrochen werden soll, wurde durch § 3 Abs. 2 des Einführungsgesetzes dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Massgabe des § 13 (d. h. durch die Anmeldung der Forderung) unterbrochen wird. Ebendaselbst ist (in Abs. 4) bestimmt, dass die Anmeldung der Konkursforderung im Konkursverfahren gegen eine Genossenschaft, auch die zugunsten eines ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters laufende Verjährung (§ 64 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868) unterbreche.

[1]) V. O.-L.-G. Dresden 16. Sept. 1881, Wengler, Arch. 1881 S. 225 ff. u. Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 502.

3) Ob nicht für den Fall, dass die angemeldete Forderung bei deren Prüfung bestritten und durch Einleitung eines ordentlichen Prozesses oder durch Aufnahme des anhängigen Prozesses verfolgt wird, eine besondere Bestimmung zu treffen sei, wurde bei Aufstellung des Entwurfes erwogen. Man entschied sich aber dafür, eine solche Vorschrift nicht zu geben, weil die Frage nicht einheitlich geregelt werden könne, ohne in den Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen des Landesrechtes störend einzugreifen. Welche Wirkung es hat, wenn die angemeldete Forderung überhaupt nicht weiter verfolgt wird, insbesondere ob dann für die unterbrochene Frist eine neue Frist beginnt, ist somit nach dem Landesrecht zu entscheiden. (M. S. 60, 61.) Im allgemeinen ist zwischen dem Fall, in welchem die Forderung im Konkursverfahren festgestellt und in die Tabelle eingetragen wurde (§§ 132 und 133), und denjenigen Fällen zu unterscheiden, in welchen dies nicht geschah, die Forderung vielmehr Zurückweisung erfuhr. Haben Verwalter und Konkursgläubiger die Forderung anerkannt, so kann die Verjährung erst nach Beendigung des Konkursverfahrens und zwar erst von der öffentlichen Bekanntmachung derselben an (§ 189) wieder zu laufen anfangen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Gemeinschuldner selbst die Forderung bestritten hat, da die Anmeldung der Forderung im Konkursverfahren auch als Geltendmachung derselben gegenüber dem Gemeinschuldner wirkt, zudem der Gläubiger erst mit der Beendigung des Konkursverfahrens erfährt, für welchen Betrag er nicht befriedigt wird, und derselbe vorher (nach § 11) eine Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner nicht betreiben kann.[1]) Falls der Konkurs durch einen Zwangsvergleich (§§ 160 ff.) beendigt wurde, kann sogar der Lauf der Verjährung erst mit dem Verfalltag der ersten Leistung wieder beginnen, da erst von diesem Zeitpunkte an die Möglichkeit der Klageerhebung besteht.[2]) Ist die Forderung allseitig anerkannt worden, so dass sie auch dem Gemeinschuldner gegenüber als durch rechtskräftiges Urteil festgestellt gilt (§ 152 Abs. 2), so fängt eine neue Verjährung (der actio judicati) zu laufen an.[3]) Hat der Gemeinschuldner die Forderung bestritten, so dass ihm gegenüber die Eintragung in die Tabelle nicht wie ein Urteil wirkt (§ 132), so wird diejenige Verjährung laufen, die nach dem geltenden Rechte im Falle der Rechtshängigkeit der Forderung zur Anwendung kommt. Wird die Forderung vom Verwalter oder einem Konkursgläubiger bestritten, so muss ebenfalls die für den Fall der Rechtshängigkeit festgesetzte Verjährungsfrist Platz greifen.[4]) Erfolgt Zurücknahme der Anmeldung, so ist es nach § 243 Abs. 3 der C.-P.-O. (v. § 65 K.-O.) so anzusehen, als ob die Verjährung niemals unterbrochen worden wäre.[5]) Die Einstellung des Verfahrens (§§ 188, 190 K.-O.) bewirkt, dass dasselbe unerledigt bleibt. Es muss hienach vom Augenblick der Bekanntmachung der Einstellung an die Verjährung der Rechtshängigkeit auch für jene Forderungen beginnen, für welche sie nicht schon infolge der Bestreitung begonnen hat. Die erwähnte Verjährung hat darin ihren Grund, dass der Gläubiger, weil er bereits bei Gericht thätig war, besser gestellt sein soll. Dieser Grund trifft aber hier zu.[6])

[1]) V. v. Sarwey S. 55; Stieglitz S. 81; Meisner S. 73 Nr. 2b. A. M.: v. Wilmowski S. 86 Nr. 3.

[2]) V. v. Sarwey S. 67 Nr. 5; v. Wilmowski S. 86; Willenbücher S. 32. A. M. sind: v. Völderndorff I. S. 206 und Stieglitz S. 81 Nr. 3, welche die Aufhebung des Konkurses für den massgebenden Zeitpunkt halten.

[3]) V. v. Sarwey S. 66; v. Völderndorff Bd. I. S. 206; v. Wilmowski S. 86; Stieglitz S. 80; Willenbücher S. 32; Fitting § 9 Anm. 27 S. 85.

[4]) V. v. Sarwey S. 66 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 207, 208; v. Wilmowski S. 86 a. E.; Stieglitz S. 80, 81; Willenbücher S. 32; Fitting § 9 Anm. 27 S. 85, 86.

[5]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 203; v. Wilmowski S. 86 Nr. 3; Stieglitz S. 79 a. E.; Meisner S. 72; Fitting § 9 Anm. 27 S. 85, 86 Anm.; Eccius Bd. I. S. 322 § 57 Anm. 64; Mandry S. 261, 262 A. M. ist: v. Sarwey (S. 67 Nr. 3), der eine neue Verjährung beginnen lassen will.

[6]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 207 Text u. Anm. 29. A. M.: v. Sarwey S. 66; Hullmann S. 96; Stieglitz S. 80.

§ 14.

Befindet sich der Gemeinschuldner mit Dritten in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft, so erfolgt die Teilung oder sonstige Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens.

(E. § 14; M. S. 61 ff.; K. S. 15 ff.)

Die Vorschrift des § 14 bezieht sich auf alle Fälle einer Gemeinschaft zwischen dem Gemeinschuldner und einer andern Person, betreffe dieselbe eine einzelne Sache, einen Sachbegriff oder einen Rechtsbegriff, beruhe sie auf Vertrag, auf Beerbung oder andern Gründen, bestehe sie mit dem Ehegatten oder mit andern Personen. In diesen Fällen gehört nur der bei der Teilung nach Abzug der Gemeinschaftsschulden sich ergebende reine Anteil des Gemeinschuldners zur Konkursmasse.[1]) Es ist deshalb eine Auseinandersetzung erforderlich, welche nach § 14 ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat.

Der praktisch wichtigste Fall für die Anwendung des § ist wohl die eheliche Gütergemeinschaft. Es gehört aber auch die aus einer Gelegenheitsgesellschaft oder stillen Gesellschaft entspringende Gemeinschaft hieher. Bei der Auseinandersetzung hat der Konkursverwalter die Stelle des Gemeinschuldners zu vertreten. In welcher Weise und in welchem Umfange die Teilung oder Auseinandersetzung zu bewirken ist, richtet sich nach dem vorliegenden Gemeinschaftsverhältnis, das auch die Rechte der Gemeinschaftsgläubiger bestimmt. Die Auseinandersetzung einer stillen Gesellschaft kann im Wege des Vertrags zwischen dem Konkursverwalter als Komplementar und dem stillen Gesellschafter, aber auch im Wege der Klage auf Rechnungsstellung erfolgen.[2]) An dem in die Konkursmasse fallenden Anteil des Gemeinschuldners steht den Mitberechtigten nach § 44 ein Absonderungsrecht zu. Die aus einer zur Zeit der Konkurseröffnung schon aufgelösten Gemeinschaft herrührenden Ersatzansprüche sind nicht nach § 14 u. § 44 zu behandeln, sondern als Konkursforderungen geltend zu machen.[3]) Ob die Personen, mit denen die Gemeinschaft besteht, zugleich Konkursgläubiger sind oder nicht, begründet keinen Unterschied. Es ist übrigens nicht bloss die Teilung selbst unabhängig vom Konkurse vorzunehmen. Vielmehr sind auch die etwaigen Streitigkeiten über den Umfang der Gemeinschaftsmasse, z. B. die Prozesse darüber, ob gewisse Gegenstände zu der betr. Gemeinschaft oder zur Konkursmasse gehören, ausserhalb des Konkursverfahrens auszutragen. Bezüglich aller dieser Fragen wird das dem Gemeinschuldner den andern Beteiligten gegenüber zustehende Verwaltungsrecht (nach § 5 Abs. 2) durch den Konkursverwalter ausgeübt, der also auch für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens, die Fortführung eines gemeinschaftlich betriebenen Geschäftes u. s. w. zu sorgen und von denjenigen Befugnissen Gebrauch zu machen hat, welche dem Gemeinschuldner nach Vertrag oder Gesetz zustehen.

In § 19 des Entwurfes zu einer deutschen Gemeinschuldordnung war gesagt, dass die Vorschriften des Gesetzes über das Verhältnis des Gemeinschuldners zur Gemeinschaftsmasse auf den Erben Anwendung fänden, wenn der Gemeinschuldner während des Verfahrens sterbe oder ein solches über einen Nachlass eröffnet werde. Dieser § wurde jedoch, „teils weil er selbstverständlich, teils weil seine allgemeine Fassung nicht unbedenklich gewesen sei", bei Aufstellung des zweiten Entwurfes gestrichen. (K. S. 15.)

[1]) R.-G. (IV.) 5. Apr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 102.

[2]) R.-G. (I.) 7. Juli 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 56 u. Reichs-Anz. 1884 Beil. 7 S. 15.

[3]) R.-G. (II.) 20. Juni 1884, Entsch. Bd. XII. S. 336.

Zweiter Titel.

Erfüllung der Rechtsgeschäfte.

(§§ 15–21.)

Vorbemerkungen.

1) Die vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens abgeschlossenen Rechtsgeschäfte werden, sofern sie nicht nach den Vorschriften des folgenden Titels (§§ 22 ff.) der Anfechtung unterliegen, an sich durch die Konkurseröffnung nicht in ihrem rechtlichen Bestande berührt. Insbesondere hat dieselbe dann keinen Einfluss, wenn die aus diesen Rechtsgeschäften entsprungenen Verbindlichkeiten bereits vor der Konkurseröffnung erfüllt worden sind. Auch in solchen Fällen liegt die Sache einfach, wenn es sich um einen zwar noch nicht erfüllten, aber einseitigen Vertrag handelt und demgemäss nur auf einer Seite, sei es bei dem Gemeinschuldner oder dem andern Vertragschliessenden, eine Verbindlichkeit vorliegt. Steht dem Gemeinschuldner eine Forderung zu, so wird dieselbe an seiner Statt vom Konkursverwalter für Rechnung der Masse geltend gemacht. Handelt es sich um eine Forderung, welche der andern Partei gegen den Gemeinschuldner zusteht, so kann dieselbe entweder als Konkursforderung geltend gemacht werden und finden deshalb die §§ 126 ff. auf sie Anwendung, oder es kommt ihr diese Eigenschaft nicht zu und wird dieselbe dann durch das Konkursverfahren gar nicht berührt. In allen derartigen Fällen kann die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit in der Regel ungeachtet des Konkursverfahrens verlangt werden; nur die Art und Weise der Geltendmachung wird vielfach geändert und thatsächlich das Ergebnis derselben bei Forderungen gegen den Gemeinschuldner durch dessen Zahlungsunfähigkeit beeinträchtigt.

Erhebliche Schwierigkeiten ergeben sich dagegen, wenn es sich um zweiseitige Verträge handelt, bei denen die Verbindlichkeiten zu einer Leistung und zu der dieselbe vergeltenden Gegenleistung in einem gewissen Gegenseitigkeits- oder Abhängigkeits-Verhältnisse stehen. Hier muss man, wenn vonseite des Gemeinschuldners nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann, die Frage aufwerfen, ob dessenungeachtet der andere Teil rechtlich zur Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit angehalten werden kann, oder ob Auflösung des Vertrags eintreten soll. Falls ersteres angenommen wird, entsteht die weitere Frage ob nicht auch der Konkursverwalter zur vollständigen Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit verpflichtet ist, also die Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht als eine gewöhnliche Konkursforderung behandelt werden darf, sondern eine Masseschuld (§§ 50 ff.) begründet. Bezüglich dieser Fragen glaubte man bei Aufstellung des Entwurfes nach dem Vorgang der preussischen Konkursordnung (§§ 15—21 bezw. 22 und 23) von einer gesetzlichen Regelung nicht absehen zu dürfen, weil sonst Zweifel darüber entstehen würden, ob die Grundsätze über die Nichterfüllung eines Vertrags oder diejenigen über das Recht zum Rücktritt von demselben wegen Verzugs bezw. Veränderung der Umstände oder jene über die Unmöglichkeit der Erfüllung Anwendung zu finden hätten und die einzelnen Rechtsordnungen in diesen Beziehungen erheblich voneinander abwichen. (M. S. 63.) Der Entwurf stellt in § 15 für die Erfüllung zweiseitiger Verträge des Gemeinschuldners die Regel auf und setzt im § 20 das Verhältnis derselben zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes fest; in § 16 wird von der Regel des § 15 eine Ausnahme nach der einen und in den §§ 17—19 eine Ausnahme nach der andern Richtung aufgestellt. Zum Schlusse fasst § 21 die Folgen ins Auge, welche eine Einwirkung des Konkursverfahrens auf zweiseitige sowohl als auf einseitige Verträge nach sich zieht.

2) Dass die Vorschriften der §§ 15—21 nur auf solche Fälle berechnet sind, in denen eine Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch den Konkursverwalter oder an denselben überhaupt möglich ist, ergiebt sich aus der Natur der Sache. Hienach gehören nicht hierher: Ansprüche des Gemeinschuldners, deren Befriedigung nur dem letzteren oder einem Mitgliede seiner Familie gegenüber erfolgen kann und deren Verwertung für die Masse unmöglich ist, weil der Anspruch nicht eine Vermögensleistung zum Gegenstand hat, z. B. um Ansprüche auf Leistungen des Hausarztes, des Erziehers, der Amme u. s. w. Ferner finden die in Frage stehenden Vorschriften keine Anwendung, soweit es sich um Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners zu Leistungen rein persönlicher Natur, z. B. um Herstellung eines Kunstwerkes, Erteilung von Unterricht und dergleichen handelt. In derartigen Fällen kann jedoch das Interesse wegen Nichterfüllung als Konkursforderung geltend gemacht werden. (M. S. 64.) Eine Ausnahme von den hier aufgestellten Grundsätzen wurde nur bei den Dienstverträgen, von denen § 19 handelt, gemacht, insofern dieselben auch dann vom Konkursverwalter bis zum Ablauf der Kündigungsfrist erfüllt werden müssen, wenn die Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners bezw. seiner Angehörigen geknüpft sind. (Vergl. Bem. 2 zu § 19.)

§ 15.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teile nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen.

Der Verwalter muss auf Erfordern des anderen Teils, auch wenn die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, demselben ohne Verzug erklären, ob er die Erfüllung verlangen will. Unterlässt er dies, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen.

(E. § 15; M. S. 64 ff.; K. S. 15, 148 u. 156; pr. K.-O. §§ 15 u. 16.)

I. Wahlrecht des Konkursverwalters. (Abs. 1.)

1. Allgemeiner Grundsatz.

Wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung einen „zweiseitigen Vertrag“ (Bem. I. 2) abgeschlossen hat und die aus demselben entspringenden Verbindlichkeiten noch von keiner Seite vollständig erfüllt sind, so kann derjenige, welcher den Vertrag mit dem Gemeinschuldner einging, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht die vollständige Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeiten aus der Masse (§§ 50 ff.) verlangen. Der Vertragsgegner unterliegt als persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners den Wirkungen des Konkursverfahrens, das die vollständige Erfüllung der schwebenden Verbindlichkeiten des Schuldners verhindert. Die gleichzeitig bestehende Verbindlichkeit des aus einem zweiseitigen Vertrag zu einer Forderung berechtigten Gläubigers kann zwar den Betrag seiner Forderung vermindern oder erhöhen, giebt ihm aber nicht ein Recht auf vollständige, vertragsmässige Befriedigung wegen seines Anspruchs. (M. S. 64.)

Auf der andern Seite kann dem Konkursverwalter die Befugnis zur Geltendmachung der dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung von dem Schuldner nicht schon aus dem Grunde bestritten werden, weil über das Vermögen des Gläubigers Konkurs eröffnet wurde. Der Vertragsgegner kann die von ihm geschuldete Leistung nicht deshalb verweigern, weil

ihm eine Gegenforderung zustehe. Soweit er wegen dieser noch nicht befriedigt ist, muss ihm der Konkursverwalter gerecht werden. Dass er nicht vom Gemeinschuldner, sondern vom Verwalter nach Massgabe der Vorschriften der Konkursordnung befriedigt wird, giebt ihm aber im allgemeinen kein Recht, vom Vertrage zurückzutreten. (M. S. 66.)

Aus dieser in den Motiven (a. a. O.) ausführlich entwickelten Auffassung ergab sich die in Abs. 1 des § enthaltene Vorschrift, nach welcher es im Belieben des Konkursverwalters steht, ob er den vom Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag erfüllen und dementsprechend auch die Erfüllung durch den Gegner verlangen will, diesem aber kein Recht eingeräumt ist, auf der vollständigen Erfüllung zu bestehen.

Solche Verträge, bei welchen die Leistung derart an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, dass sie entweder überhaupt nicht durch den Verwalter erfolgen kann, oder dass die Leistung durch den Verwalter zu einer andern werden würde, fallen, wie sich aus den Ausführungen in Vorbemerkung 2 ergiebt und auch in den Motiven (S. 67) hervorgehoben wurde, nicht unter die Vorschrift des §. Hier darf der Verwalter, da er nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen kann, auch die Gegenleistung nicht verlangen; es bleibt vielmehr dem andern Teil überlassen, sich wegen der Erfüllung nach wie vor an den Gemeinschuldner selbst zu halten, oder, wenn dieser nicht erfüllen kann oder will, eine Entschädigung zu verlangen, welche im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann. Die Frage, ob ein derartiger Vertrag durch die Konkurseröffnung aufgehoben wird, ist nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Auch für Dienstverträge im Sinne des § 19 gilt das Gesagte, wenn der Gemeinschuldner derjenige ist, der die Dienste zu leisten hat.

2. *Erfordernis des zweiseitigen Vertrags.*

Die Vorschrift des § findet nur auf solche Verträge Anwendung, bei denen von beiden Seiten eine Leistung übernommen wird und die häufig auch als „gegenseitige“ oder „wechselseitige“ Verträge bezeichnet werden. Es genügt nicht, dass der Gläubiger aus dem Vertrage auch zu einer Leistung verpflichtet ist. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass die den Vertragschliessenden obliegenden Verbindlichkeiten gleichmässig in dem Vertrage, nicht etwa in zufälligen, äusserlich hinzutretenden Umständen ihren Grund haben; m. a. W. dass die eine Leistung der andern gegenüber als Gegenleistung erscheint und nur mit Rücksicht auf diese und unter Voraussetzung von deren Ausführung verlangt werden kann. (M. S. 64, 65, Vorbem. 1 und Bem. I. 1.) Mit dem Ausdrucke: „zweiseitige Verträge“ soll dasselbe bezeichnet werden, was die preussische Konkursordnung (§ 16) mit den Worten: „ein Rechtsgeschäft, welches auf gegenseitige Leistung gerichtet ist“, ausdrückt und was der Code civil (Art. 1102) im Auge hat, wenn er sagt: „Le contrat est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.“ Ob ein solches Verhältnis vorliegt, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Doch wird sich eine grosse Verschiedenheit in dieser Beziehung kaum herausstellen. Der Kaufvertrag und die demselben verwandten Geschäfte, der Tauschvertrag, Trödelvertrag, die mit Gastwirten über Unterkunft und Bewirtung geschlossenen Verträge, der Frachtvertrag, sowie Spiel und Wette, sind jedenfalls als „zweiseitige Verträge“ im Sinne des Gesetzes anzusehen. Als einseitige Verträge werden das Darlehen, das Schenkungsversprechen, die Bürgschaftsleistung, der Unterpfandsvertrag, der Hinterlegungsvertrag, der Auftrag anzusehen sein. In den Motiven zu § 20 (S. 85 u. 86) wurden als Vorschriften, welche durch § 15 nicht berührt werden, angeführt. Die Bestimmungen des preussischen Landrechtes (§§ 261 ff. und 421, II. 1, §§ 206 ff. und 268 ebendas. und §§ 656, 657 I. 11) über die ehelichen Güterverhältnisse, die Rechte des Gemeinschuldners am Vermögen seiner Kinder und die Wirkungen des Konkurses auf die Erfüllung eines Darlehensversprechens;[1]) die Vorschriften des preussischen Landrechtes (§ 197 I. 13), des gemeinen

[1]) V. R.-G. (III.) 25. Mai 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 248.

Rechtes (l. 8 § 3 D. mand. 17. 1 und l. 28 D. de neg. gest. 3. 5) und des Code civil (Art. 2003) über das Erlöschen von Vollmachten zufolge eines Konkurses, endlich die Bestimmungen der verschiedenen Gesetzgebungen (preuss. Landrecht §§ 300–315. I. 14, sächs. b. G.-B. § 1462, Code civil Art. 2020, 2023, 2026, 2027 und 2032) über die Einwirkung der Konkurseröffnung auf Bürgschaftsverhältnisse (v. auch Bem. I. zu § 20). Die praktische Bedeutung des Unterschieds liegt übrigens nicht darin, dass im Falle eines einseitigen Vertrags der Konkursverwalter die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht vom Schuldner verlangen könnte, sondern darin, dass derselbe die volle Leistung ohne Rücksicht auf etwaige Gegenforderungen zu verlangen berechtigt ist, und diese nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden können.

Hinsichtlich der Sachen- und Dienstmiete enthalten die §§ 17–19 besondere Bestimmungen. Auf den Gesellschaftsvertrag, der gleichfalls einen zweiseitigen Vertrag bildet, wird § 15 allgemeine Anwendung nicht finden, weil das bürgerliche Recht bezüglich desselben vielfach besondere Vorschriften enthält, welche durch § 20 aufrecht erhalten sind (v. Bem. zu § 20). Gerät z. B. ein Aktionär in Konkurs, so kann allerdings der Anspruch auf die vor oder nach der Konkurseröffnung ausgeschriebene Einzahlung auf seine Aktien als Konkursforderung geltend gemacht werden, wenn der Konkursverwalter das Vertragsverhältnis fortsetzen will. Aber es kann nach dem Gesellschaftsvertrag auch zulässig sein, dass der Gemeinschuldner seines Anteils für verlustig erklärt wird, weil die Zahlung nicht rechtzeitig erfolgte (Art. 220 H.-G.-B.). In diesem Falle braucht der Wunsch des Verwalters, welcher das Vertragsverhältnis fortsetzen möchte, nicht berücksichtigt zu werden. [1])

3. *Voraussetzung der Nichterfüllung des Vertrags.*

Dass die Vorschrift des § nur dann Anwendung finden kann, wenn weder von der einen noch von der anderen Seite der Vertrag vollständig erfüllt ist, also „Recht und Pflicht des Gemeinschuldners sich noch gleichzeitig gegenüberstehen“ (M. S. 67), geht schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Um über diese Absicht keinen Zweifel aufkommen zu lassen und die Auffassung auszuschliessen, dass der § auch den Fall treffe, „wenn der Vertrag zwar vom Dritten, vom Gemeinschuldner aber noch nicht oder doch nicht vollständig erfüllt sei“, wurden durch die Reichstagskommission die Worte „und von dem anderen Teile“ beigefügt, die im Entwurfe fehlten. (K. S. 148 und 149.) Ist von einer Seite der Vertrag vollständig erfüllt worden, so „vereinfacht sich das Rechtsverhältnis nach Art der einseitigen Verträge“. (M. S. 67.) Der Konkursverwalter kann sonach, wenn der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hatte, verlangen, dass auch die Gegenleistung vollständig gemacht werde. Auch kann er nur diesen Anspruch geltend machen, nicht aber auf Grund der Konkurseröffnung die vom Gemeinschuldner vollzogene Leistung zurückfordern und insofern die Nichterfüllung des Vertrags herbeiführen. Kann der andere Teil, obwohl er nicht vom Vertrag abgehen darf, die von ihm gemachte Leistung zurückfordern, z. B. weil er Eigentümer der dem Gemeinschuldner übergebenen Sache geblieben ist (§ 35 ff.); thut er es, so befindet sich das Rechtsverhältnis in derselben Lage, wie wenn auch der andere Teil nicht erfüllt hätte. Der Verwalter hat deshalb die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrags verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will. In dem letzteren Falle kann der andere Beteiligte Entschädigung wegen Nichterfüllung nicht verlangen, da er diese selbst veranlasst hat. (Bem. III. 1 zu § 21.) Ob der Vertrag von einer Seite vollständig erfüllt wurde, ist nach dem bürgerlichen Recht bezw. nach der Absicht der Parteien zu beurteilen. [2]) Doch kommt es, wenn die Leistung auf beiden Seiten noch teilweise aussteht,

[1]) V. v. Sarwey in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 23 S. 432, 433.

[2]) Dass der Kaufvertrag vonseite des Käufers nicht erfüllt ist, wenn die von ihm zum Zweck der Bezahlung des Kaufpreises hingegebenen Wechsel nicht eingelöst wurden, hat das pr.

nicht darauf an, ob die betreffende Verbindlichkeit zum grösseren oder kleineren Teile erfüllt worden ist. Ebenso wird das Wahlrecht des Verwalters nicht dadurch ausgeschlossen, dass schon vor der Konkurseröffnung auf Erfüllung des Vertrags geklagt wurde. [1])

Handelt es sich um eine Eigentumsübertragung, so muss, damit der Vertrag als erfüllt gelten kann, vonseite des Verkäufers alles geschehen sein, was von seiner Seite zu geschehen hat, um den Eigentumsübergang zu bewirken. Es ist also, wenn hiezu die Übergabe der Sache oder die Eintragung in das Grundbuch gefordert wird, der Vertrag nur dann als erfüllt anzusehen, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung die Übergabe oder Eintragung bereits geschehen war. Dementsprechend ist nach preussischem Recht (Ges. v. 5. Mai 1872) ein Kaufvertrag über Liegenschaften vor erfolgter Auflassung seitens des Verkäufers nicht erfüllt. [2]) Wenn die Eigentumsübertragung, wie es nach französischem Recht (Art. 711, 1138, 1583 C. c.) der Fall ist, durch den blossen Vertrag bewirkt wird, so kann derselbe nicht schon deshalb als unerfüllt gelten, weil die Umschreibung des Titels, welche nach dem neueren französischen Recht (Ges. vom 23. März 1855 Art. 3) notwendig ist, um das Eigentum an Grundstücken Dritten gegenüber geltend zu machen, zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt war. Diese vorzunehmen, ist Sache des Käufers, und wenn er es versäumt hat, dem ihm übertragenen Rechte Dritten gegenüber die Wirksamkeit zu sichern, darf nicht behauptet werden, der Verkäufer sei der ihm obliegenden Verbindlichkeit nicht nachgekommen. In allen solchen Fällen ist bezüglich der Frage, wann der Vertrag als erfüllt gelten soll, die Absicht der Parteien entscheidend. Es kann deshalb auch im Gebiet des französischen Rechtes ungeachtet des erfolgten Eigentumsüberganges der Vertrag nicht als erfüllt gelten, wenn zur vollständigen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit die Verbriefung des Vertrags gehört, welche erst die Möglichkeit gewährt, das Eigentum Dritten gegenüber geltend zu machen. Ebenso wird, wenn es sich um den Verkauf von beweglichen Sachen handelt und, wie es meistens der Fall ist, der Vertrag nicht bloss die Übertragung des Eigentums, sondern auch die des Besitzes an der gekauften Sache zum Gegenstand hat, der Vertrag nicht als erfüllt gelten können, wenn die Übertragung des Besitzes, die nach dem in Art. 2279 C. c. ausgesprochenen Grundsatze: „en fait de meubles la possession vaut titre“ allein die Geltendmachung des Eigentums gegenüber Dritten sichert, zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt war. Neben den dinglichen Wirkungen des Vertrags sind auch die persönlichen Ansprüche, welche aus demselben entspringen, zu beachten.

4. *Verlangen des Verwalters, dass der Vertrag erfüllt werde.*

Verlangt der Konkursverwalter in den durch § 15 betroffenen Fällen, dass der andere Teil den Vertrag erfülle, so muss er zunächst die Leistung, mit welcher der Gemeinschuldner im Rückstand ist, selbst vollständig vornehmen. In das Recht des andern Teils, die von ihm geforderte Leistung abzulehnen, wenn ihm nicht die Gegenleistung gewährt wird, greift das Gesetz nicht ein. (M. S. 69.) Vielmehr ist in § 52 Z. 2 ausdrücklich ausgesprochen, dass der Anspruch des letzteren aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird, eine Masseschuld begründet. Die Fassung, dass der Konkursver-

Obertribunal am 14. Nov. 1860 erkannt; vgl. Striethorst, Arch. Bd. 44 Nr. 48 S. 202 ff. In derartigen Fällen ist es jedoch entscheidend, ob die Wechsel lediglich zahlungshalber oder ob sie an Zahlungsstatt gegeben wurden, was im Zweifel nicht zu vermuten ist. V. Renaud, Wechselrecht § 88 Anm.; Borchard, Zus. 650; Seuffert, Arch. Bd. 21 Nr. 229, Bd. 22 Nr. 31, Bd. 24 Nr. 235 S. 358 ff. und Bd. 28 Nr. 123 S. 201 ff.; Siebenhaar, Archiv für Wechselrecht Bd. I. S. 165 ff.; Erk. des R.-O.-H.-G. vom 3. Sept. 1872, Entsch. Bd. 7 S. 43 ff.

[1]) V. pr. Obertrib. 20. Nov. 1860, Striethorst, Arch. Bd. 39 Nr. 52 S. 218 ff.; Hullmann S. 102 v. Wilmowski S. 94; Stieglitz S. 90.

[2]) V. v. Wilmowski S. 92 Nr. 2.

walter „an Stelle des Gemeinschuldners“ erfüllen kann, wurde gewählt, um die Auffassung auszuschliessen, dass ein „Übergang des Geschäfts auf die Gläubigerschaft“ stattfinde, und klarzustellen, dass es sich nur um Erfüllung oder Nichterfüllung des Vertrags handle. (M. S. 68.)

Für die Art und Weise, in welcher die gegenseitigen Verbindlichkeiten zu erfüllen sind, ist, da der Verwalter an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen hat, der Inhalt des Vertrags massgebend. Danach richtet es sich, ob Leistung und Gegenleistung Zug um Zug, oder ob eine und welche von ihnen vorgängig erfolgen muss. Konnte der andere Teil von dem Gemeinschuldner Sicherstellung für die Erfüllung verlangen, so muss auch der Verwalter die Sicherheit leisten. (M. S. 69.) Dass der Gläubiger, wenn der Gemeinschuldner selbst nicht zur Sicherheitsleistung verpflichtet wäre, nicht etwa befugt ist, wegen der Konkurseröffnung für die Gegenleistung vom Verwalter Sicherheit zu verlangen, ergiebt sich aus dem Wortlaut des §. Der Konkursverwalter kann von dem anderen Teile ebenso, wie es der Gemeinschuldner gekonnt hätte, Erfüllung verlangen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (S. 69) bemerkt, wenn auch mitunter die Konkursmasse nicht ausreichen möge, um alle Masseschulden zu bezahlen, so werde doch die Lage des Beteiligten durch die Konkurseröffnung eine günstigere, als sie vorher gewesen, da derselbe nicht mehr dem zahlungsunfähigen Gemeinschuldner gegenüberstehe und die Konkurrenz aller anderen Gläubiger zu befürchten habe, sondern seinen Anspruch gegen den Gemeinschuldner als Masseanspruch erhebe. Selbst wenn nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Unsicherheit der Erfüllung oder der Vermögensverfall des Schuldners zum Verlangen einer Sicherstellung berechtigt, ist der Verwalter hienach nicht zu einer Sicherheitsleistung genötigt, da dessen Verpflichtung, wenn er sich für die Erfüllung entscheidet, eine Masseschuld bildet. Dafür spricht auch § 12 der Konkursordnung. Würde die Sicherstellung bewirken, dass der andere Teil mehr aus der Masse erhielte, als er ohne dieselbe bekommen würde, so hätte derselbe durch die Sicherstellung ein Vorzugsrecht erlangt, dessen Erwerb § 12 entgegensteht. Eine Sicherstellung ohne diesen Erfolg hat aber überhaupt keinen Wert.[1])

5. *Verweigerung der Erfüllung durch den Verwalter.*

Der Konkursverwalter kann andererseits durch Änderungen gebunden werden, welche das Rechtsverhältnis nach Abschluss des Vertrags erlitten hat und durch welche Dritte wohlerworbene Rechte erlangt haben. Ist z. B. die Forderung des Gemeinschuldners vor der Konkurseröffnung gepfändet worden, so kann der Konkursverwalter, wenn er sich für die Vertragserfüllung entschieden hat, vom anderen Teil als Gegenleistung nur den von der Pfändung frei gebliebenen Betrag verlangen.[2]) Dasselbe gilt, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung in rechtswirksamer Weise seine Forderung cediert hat.[3]) Bezüglich der Cession von Mietzinsforderungen v. § 17 Bem. II. 2.

Hatte der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung den anderen Teil angewiesen, die Gegenleistung einem Dritten zu machen, und ist diese Anweisung von jenem angenommen worden, so ist derselbe verpflichtet, in dem Masse, in welchem der Gemeinschuldner erfüllt, die Gegenleistung an den Dritten abzuführen. Bricht aber vor Beginn der Erfüllung

[1]) V. v. Sarwey S. 81. A. M.: v. Völderndorff I. S. 232 Nr. IV.; v. Wilmowski S. 94 Nr. 5. § 29 W.-O. passt nicht hierher, da hienach der Aussteller Sicherheit bestellen muss, wenn über das Vermögen des Acceptanten Konkurs eröffnet worden ist. Befindet sich auch der Aussteller in Konkurs, so muss die Sicherstellung auf Grund des § 29 W.-O. natürlich auch vom Verwalter seiner Konkursmasse geleistet werden. Das hat aber nichts mit dem Konkurs des Ausstellers zu thun. Diese Verpflichtung wäre auch dann begründet, wenn der Aussteller sich in glänzenden Vermögensverhältnissen befände.

[2]) R.-G. (III.) 15. Febr. 1884, Entsch. Bd. XI. S. 49 ff.

[3]) V. Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 748.

oder nach teilweiser Erfüllung über das Vermögen des anweisenden Gläubigers der Konkurs aus und entscheidet sich der Konkursverwalter für die Vertragserfüllung, so verliert die Anweisung, soweit der Konkursverwalter selbst erfüllt, ihre Wirksamkeit. Für den Fall des Konkurses konnte die Anweisung nicht erteilt werden, weil die Erfüllung nicht mehr vom Willen des Gemeinschuldners abhängt, ohne Erfüllung von seiner Seite aber die Anweisung gegenstandslos ist. [1])

Wenn der Konkursverwalter, obgleich an sich aus der Konkursmasse erfüllt werden könnte, die Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Leistung ablehnt, wozu er nach den obigen Ausführungen (Bem. 1) berechtigt ist, so wird dadurch, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 156) bemerkt wurde, eine Aufhebung des Vertrags nicht herbeigeführt und bleiben dem andern Teil die Rechte, welche sich aus der Nichterfüllung ergeben, vorbehalten. Die Ablehnung wirkt jedoch insofern wie die Aufhebung, als auch der Verwalter die Erfüllung der rückständigen Gegenleistung nicht verlangen darf. Nach § 21 kann der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht die Rückgabe der von ihm hingegebenen und in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Gegenstände fordern, sondern, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht, lediglich seine Ansprüche auf Entschädigung als Konkursgläubiger geltend machen. (V. die Bem. zu diesem §.) Die Thatsache, dass der Konkursverwalter sich für Nichterfüllung entscheidet, lässt an sich das Verhältnis des anderen Teils zum Gemeinschuldner unberührt; § 15 hat das bürgerliche Recht bezüglich der Folgen der Nichterfüllung nicht geändert.[2]) Dass der andere Teil, welcher seinen Entschädigungsanspruch wegen Nichterfüllung geltend gemacht hat, nicht nach Aufhebung des Konkurses wieder Erfüllung anbieten oder verlangen kann, ist selbstverständlich. Die aus dem Vertrag entstandenen Verpflichtungen sind im Konkursverfahren endgültig erledigt. Nach französischem Recht braucht die nach den Art. 1139 und 1146 C. c. ausserdem erforderliche Aufforderung an den Konkursverwalter nicht zu erfolgen, weil dieser zur Erfüllung nicht verpflichtet ist.[3]) Sowie der andere Teil nur Entschädigung verlangen kann, ist er durch die für den Gemeinschuldner bindende Erklärung des Verwalters, dass der Vertrag nicht erfüllt werde, auch dagegen geschützt, dass dieser selbst nach Beendigung des Konkurses die Erfüllung anbietet und verlangt.[4]) Ebensowenig wie der Vertragsgegner des Gemeinschuldners hat der Konkursverwalter das Recht, die bereits gemachte Leistung zurückzufordern. Auch er kann nur die weitere Erfüllung verweigern, nicht vom Vertrag abgehen.[5])

II. Verpflichtung des Verwalters zur Abgabe einer Erklärung. (Abs. 2.)

1) Wenn der Verwalter die Erfüllung des Vertrags verlangen will, so muss er, sofern der andere Teil eine Erklärung verlangt, diese „ohne Verzug", d. h. sobald es ihm unter den obwaltenden Umständen möglich ist, abgeben. Von der Festsetzung einer Erklärungsfrist durch das Gericht (§ 16 pr. K.-O., § 22c. österr. K.-O.) wurde nach den Motiven (S. 68, 69) abgesehen, weil dadurch Zeitverlust veranlasst werde und auch die kürzeste Erklärungsfrist dem anderen Teil erhebliche Verluste verursachen könne. Besteht ein

[1]) R.-G. (I.) 16. Febr. 1884, Entsch. Bd. XI. S. 136.

[2]) V. R.-G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. II. Nr. 1999; Eccius Bd. I. § 117 Anm. 3 S. 801. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. I. S. 234; v. Wilmowski S. 93; Stieglitz S. 92; Fitting § 6 Anm. 7 u. 8 S. 38, 39; Mandry § 43 S. 392; Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 28 S. 397.

[3]) L.-G. Darmstadt 9. Dez. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 478.

[4]) So erkannte auch das pr. Obertrib. am 21. Juni 1875, Entsch. Bd. 73 Nr. 20 S. 136 ff. Dort wurde zwar angenommen, der Vertrag werde durch die Erklärung des Konkursverwalters endgültig aufgehoben. Die Gründe treffen aber im übrigen zu. V. noch: v. Sarwey S. 82 Nr. 8 a. E.; ferner R.-G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. II. Nr. 1999.

[5]) R.-G. (VI.) 18. Okt. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 246.

Gläubigerausschuss, so hat zwar der Verwalter, falls er Erfüllung verlangen will, dessen Genehmigung einzuholen. (§ 121 Z. 2.) Daraus folgt aber nicht, dass er die Entscheidung aufschieben darf, bis ein Gläubigerausschuss gewählt ist. (Bem. II. 1 zu §§ 8 ff.) [1])

Die Aufforderung zur Erklärung kann in jeder Form, also mündlich oder schriftlich geschehen, muss aber nötigenfalls nachgewiesen werden. Hat der andere Teil, der unter Umständen auch ein Rechtsnachfolger des Vertragschliessenden sein kann, den Konkursverwalter durch einen öffentlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollzieher) zu einer Erklärung auffordern lassen, so muss er in der Regel diese Kosten tragen. Nur dann kann er deren Ersatz verlangen, wenn der Verwalter eine mündliche oder schriftliche Aufforderung nicht beantwortet und dadurch die Kosten veranlasst hat. [2])

2) Versäumt es der Verwalter, ungeachtet der ergangenen Aufforderung, rechtzeitig zu erklären, in welchem Sinne er sein Wahlrecht ausüben will, so kann er auf der Erfüllung nicht bestehen; die Sache liegt also ebenso, als wenn er erklärt hätte, vom Vertrage abzugehen. Es kommt dann § 21 zur Anwendung. (V. Bem. I. 5.) Der Verwalter wird ebenso behandelt, wie in dem Falle, in welchem er ausdrücklich erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen. [3]) Das Recht, Erfüllung zu verlangen, wird ihm genommen, weil er sich nicht erklärt, nicht (wie Willenbücher S. 35 Nr. 3 annimmt) weil sein Rücktritt vom Vertrag fingiert wird. Nicht nur der Konkursverwalter, sondern auch der andere Teil befindet sich in der in Bem. I. 5 bezeichneten Lage. Es wird nicht das Wahlrecht auf den Vertragsgegner übertragen, so dass dieser nun seinerseits dem Konkursverwalter gegenüber Erfüllung verlangen dürfte. Dem Konkursverwalter ist nur das Recht entzogen, Erfüllung zu verlangen, nicht aber die Befugnis, die Erfüllung zu verweigern. Die entgegengesetzte Auffassung entspricht der bestehenden Sachlage nicht und führt zu unannehmbaren Ergebnissen. Wenn der spätere Gemeinschuldner Waren nicht rechtzeitig lieferte, so ist der andere Teil, der dieselben anderswo teurer kaufen musste, für seinen Schaden nicht dadurch gedeckt, dass er den Kaufpreis zurückhält. Warum er nicht berechtigt sein soll, im Konkursverfahren Ersatz dieses Schadens zu verlangen, ist nicht einzusehen. [4]) Erklärt der Verwalter dagegen rechtzeitig, dass er auf Erfüllung des Vertrages bestehe, so ist Abs. 1 des § massgebend und es muss beiderseits in Gemässheit des Vertrages bezw. der gesetzlichen Vorschriften erfüllt werden. Auch bezüglich der Zeit der Erfüllung gelten die allgemeinen Bestimmungen. Daraus, dass der Verwalter, obgleich die Erfüllungszeit noch nicht eingetreten ist, sich ohne Verzug erklären muss, darf man nicht schliessen, dass er auch sofort erfüllen müsse.

§ 16.

War die Lieferung von Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen, und tritt die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach der Eröffnung des Verfahrens ein, so

[1]) V. Stieglitz S. 91 Anm. f.

[2]) V. v. Sarwey S. 82; v. Wilmowski S. 95. A. M.: v. Völderndorff Bd. I. S. 228, nach dessen Ansicht der andere Teil in ausdehnender Anwendung des Art. 358 H.-G.-B. den Verzug des Konkursverwalters durch öffentliche Urkunde feststellen lassen kann. Dieser Art. setzt aber voraus, dass der andere Teil nach Art. 357 in Verzug ist, während hier der Konkursverwalter nicht verpflichtet ist, sich vor erhaltener Aufforderung zu erklären.

[3]) R.-G. (V.) 17. Febr. 1886, Bolze Bd. II. Nr. 1099.

[4]) V. v. Wilmowski S. 93 Nr. 3; Dernburg Bd. II. S. 295 § 118 Anm. 5; Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 447; Mandry § 43 Anm. 6; Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 28 S. 394. A. M.: Fitting § 6 Anm. 7 u. 8.

kann nicht die Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden.

Der Betrag dieser Forderung bestimmt sich durch den Unterschied zwischen dem Kaufpreise und demjenigen Markt- oder Börsenpreise, welcher an dem Orte der Erfüllung oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatze sich für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte ergiebt.

Ist ein solcher Markt- oder Börsenpreis nicht zu ermitteln, so findet die Bestimmung des ersten Absatzes keine Anwendung.

(E. § 16; M. S. 69 ff.; K. S. 15; pr. K.-O. § 17.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Nach § 16 soll das dem Konkursverwalter gemäss § 15 zustehende Wahlrecht ausgeschlossen sein, wenn es sich um Lieferung von Waren handelt, die im allgemeinen einen Markt- oder Börsenpreis haben und bezüglich deren sich dieser Preis auch in dem vorliegenden Falle ermitteln lässt, sofern zugleich ein sogen. Fixgeschäft im Sinne des Art. 357 H.-G.-B. vorliegt, die Zeit der Erfüllung aber erst nach der Konkurseröffnung eintritt. In solchen Fällen löst sich das betr. Zeitgeschäft in ein Differenzgeschäft auf und kann nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Diese Ausnahmebestimmung kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn die im § aufgestellten Erfordernisse sämtlich vorliegen. Sofern eine dieser Voraussetzungen fehlt, hat es bei der in § 15 aufgestellten Regel sein Bewenden. Die in den Art. 354 und 355 H.-G.-B. weiter vorgesehene Befugnis, vom Vertrage abzugehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre, wird im § nicht erwähnt. Da Abs. 1 nur „eine Forderung wegen Nichterfüllung“ einräumt, sonach jedes Wahlrecht auszuschliessen scheint, wird behauptet, dass auch die Befugnis, vom Vertrage abzugehen, als ob er nicht geschlossen wäre, in Wegfall kommt.[1]) Dies kann aber nicht angenommen werden. Durch § 16 soll bloss das Recht, die Erfüllung zu verlangen, ausgeschlossen und somit die Ungewissheit darüber beseitigt werden, ob der Vertrag erfüllt oder von der Erfüllung abgesehen werden soll. Im übrigen greift die Konkursordnung in die Befugnisse der Vertragschliessenden nicht ein und nötigt insbesondere dieselben nicht, am Vertrage festzuhalten und eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend zu machen. Diese Forderung steht ihnen für den Fall zu, dass sie nicht ganz vom Vertrage abgehen wollen. Gegenstandslos ist im Falle des Konkurses die Vorschrift des Art. 357 Abs. 2 H.-G.-B., weil ein Selbsthilfeverkauf hier nach den Vorschriften der Konkursordnung überhaupt ausgeschlossen ist. Die in diesem Artikel festgesetzte Verpflichtung des Verkäufers brauchte desshalb in § 16 nicht erwähnt zu werden.[2]) Durch abweichende Vertragsbestimmungen, welche möglicherweise selbst die Rechte Dritter berühren könnten, kann die Anwendung des § 16 nicht ausgeschlossen werden. Den Parteien steht nicht das Recht zu, die im Falle des Konkurses zum Nutzen der Gläubiger eintretenden Verfügungsbeschränkungen durch im voraus getroffene Verfügungen zu vereiteln.[3]) Dies muss folgerichtig auch insoweit gelten, als es sich um den Zeitpunkt handelt, von welchem ab zu rechnen ist. Von diesem

[1]) So v. Völderndorff Bd. I. S. 243, 244.

[2]) Hiedurch erledigen sich die Erörterungen v. Ladenburgs in Buschs Zeitschr. Bd. I. S. 511. V. auch v. Wilmowski S. 97 Nr. 6.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 242 ff.; v. Wilmowski a. a. O.; Meisner S. 85 Nr. II b.

Tage hängt gerade der Ausgang des Unternehmens zugunsten des einen oder anderen Teils, jedenfalls die Höhe der Forderung ab, welche von den Verfügungen der Vertragschliessenden unabhängig sein, vielmehr nach der im Gesetz vorgesehenen Berechnung bestimmt werden soll. [1])

II. Voraussetzungen der Anwendung des §.

1. *Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben.*

Während in der preussischen Konkursordnung (§ 17) von „fungibeln Sachen, welche einen marktgängigen Preis haben“ gesprochen wurde, denen noch „geldwerte Papiere“ beigefügt worden sind, kann § 16 überall zur Anwendung kommen, wo es sich um eine „Ware“, d. h. um eine bewegliche Sache, welche überhaupt Gegenstand eines Kaufes sein kann, handelt. Da aber solche Waren vorausgesetzt werden, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, und nur vertretbaren Sachen diese Eigenschaft zukommt, ergiebt § 16 denselben Sinn, wie die entsprechende Vorschrift der preussischen Konkursordnung. Auch sind für die Annahme, dass eine sachliche Änderung beabsichtigt wurde, keine Anhaltspunkte vorhanden. Dass die betr. Ware einen Markt- oder Börsenpreis hat, wird hier in demselben Sinne verlangt, in welchem dies im H.-G.-B. (v. z. B. die Art. 311, 343, 348, 354, 357, 365, 366) geschieht. „Dass der laufende Preis oder Kurs dieser Ware nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen (einer Börse) regelmässig festgestellt zu werden pflegt“, wird hienach nicht erfordert. Es genügt vielmehr, wenn mit der betr. Ware regelmässig ein so bedeutender Handel getrieben wird, dass sich aus den Preisen, die bei den einzelnen Geschäften erzielt werden, jeweils ein Durchschnittspreis ermitteln lässt. Im Entwurf II. Lesung zu Art. 358 des H.-G.-B. war noch die regelmässige Feststellung nach dafür bestehenden örtlichen Einrichtungen verlangt; der Artikel wurde aber „als den Begriff des Marktpreises zu eng fassend“ gestrichen. Von Heimsöth wurde bemerkt: „es müsse über die Ware, welche einen Markt- oder Börsenpreis an einem Orte haben solle, eine erhebliche Zahl von Geschäften an diesem Orte geschlossen worden sein, so dass an diesem Orte ein gemeiner Preis oder Durchschnittspreis für diese Ware bestehe, den man mit Sicherheit als von den besonderen Verhältnissen der Kontrahenten und den sonstigen speciellen Umständen eines einzelnen oder weniger einzelnen Geschäfte unabhängig bezeichnen könne.“ [2])

Nach § 16 wird übrigens vorausgesetzt, dass sich für die in Frage stehende Ware „am Orte der Erfüllung oder an dem für denselben massgebenden Handelsplatz für die am zweiten Werktage nach der Eröffnung des Verfahrens mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossenen Geschäfte“ ein solcher Markt- oder Börsenpreis ermitteln lässt. Es genügt also nicht, dass für die betr. Ware im allgemeinen ein Markt- oder Börsenpreis besteht, sondern es muss ein solcher am Orte und zur Zeit der Erfüllung des fraglichen Lieferungsgeschäftes gegeben sein und, wenn auch nur mit Hilfe von Sachverständigen, ermittelt werden können. Ist dies nicht möglich, so bleibt es (nach Abs. 3) bei der in § 15 aufgestellten Regel. (V. Bem. III. 4.) [3])

2. *Zeit, zu welcher die Lieferung erfolgen soll.*

Zur Anwendung des § wird ebenso wie in Art. 357 H.-G.-B. vorausgesetzt, dass die Lieferung der betr. Ware „genau zu einer festbestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bedungen ist“, also ein „Fixgeschäft“ im Sinne der letzteren Vorschrift

[1]) A. M. in dieser Richtung: v. Wilmowski a. a. O. und Dernburg Bd. II. S. 296 § 118 Anm. 11.

[2]) V. Motive S. 74 Anm. 1; Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 311 Bd. II. S. 167; Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. Abt. 2 S. 586 ff.; Erk. des R.-O.-H.-G. vom 13. April 1871, Entsch. Bd. 2 Nr. 47 S. 194 ff.

[3]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 248; v. Sarwey S. 90; Hullmann S. 103; Stieglitz S. 96 Nr. VII.; Meisner S. 84; Fitting § 6 S. 43; Eccius Bd. I. S. 802 § 117; Dernburg Bd. II. S. 296, 297 § 118.

vorliegt. Dies geht aus der Fassung des Gesetzes mit Bestimmtheit hervor. In den Motiven (S. 69) wurde hervorgehoben, dass die hier in Frage stehenden Zeitgeschäfte „die Hauptfälle der in Art. 357 H.-G.-B. vorgesehenen Fixgeschäfte bilden, deren Wesen darin besteht, dass die Erfüllung weder früher noch später als zu dem bestimmten Zeitpunkt geschehen darf, dass mit dieser Erfüllungszeit der Vertrag stehen oder fallen muss. Bei der Anwendung des § ist deshalb auf die Auslegung, welche Art. 357 H.-G.-B. gefunden hat, und durch welche die gebrauchten Ausdrücke eine bestimmte Bedeutung erlangt haben, in erster Linie Rücksicht zu nehmen. Hienach genügt es zur Annahme eines „Fixgeschäftes" nicht, dass überhaupt eine bestimmte Zeit oder Frist für die Lieferung bedungen wurde, und kommt es weniger auf den Wortlaut der betr. Bedingung als auf die Absicht der vertragschliessenden Parteien an. Weder der Umstand, dass die Lieferungszeit in allgemeinen Ausdrücken, wie „in kürzester Frist", „sobald als möglich", „Spätherbst", „bei offenem Wasser", „mit dem nächsten Dampfer", „von Woche zu Woche", „monatlich", „täglich" bestimmt wurde, noch eine genauere Bezeichnung derselben durch Worte, wie: „in der nächsten Woche", „am nächsten Montag", „Mitte November", „zweite Hälfte Juli", „ultimo September", medio August" u. s. w. genügen an sich, um ein Zeitgeschäft zum Fixgeschäft zu machen. Vielmehr liegt ein solches nur dann vor, wenn nach der Absicht der Parteien die Zeitbestimmung einen so wesentlichen Umstand bildet, dass nach Ablauf der bestimmten Zeit oder Frist die Erfüllung nicht mehr als eine vertragsmässige erscheint und wenn sie folglich nach der bei Abschluss des Vertrages obwaltenden Meinung nicht mehr als eine „verspätete Erfüllung", sondern geradezu als „Nichterfüllung" aufzufassen ist. Der Umstand, dass das Geschäft „gegen bar" abgeschlossen wurde, lässt auf eine solche Absicht nicht schliessen. Ebenso kann der Umstand, dass die betr. Ware erheblichen Preisschwankungen unterliegt, zwar bei Ermittelung der Absicht der Parteien von Bedeutung sein, ist aber für sich allein nicht entscheidend.[1])

Auch wenn ein Fixgeschäft vorliegt, kann § 16 nur dann Anwendung finden, wenn der für die Erfüllung festgesetzte Zeitpunkt erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens eintritt, bezw. die hiefür bestimmte Frist erst nach der Konkurseröffnung abläuft. Fällt die Erfüllungszeit dagegen vor die Eröffnung des Verfahrens, so hat der Konkursverwalter nach § 15 die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will, und kann im ersteren Falle die Rechte, die ihm nach den Art. 344 und 355 H.-G.-B. zustehen, ausüben, wenn er den für diesen Fall (in Art. 357 Abs. 1 H.-G.-B.) gegebenen Vorschriften genügt hat. Ausserdem ist die Anwendung des § 16, der im allgemeinen das Vorhandensein der in § 15 angegebenen thatsächlichen Verhältnisse voraussetzt und nur dessen Anwendung auf „Fixgeschäfte" beseitigt, dann ausgeschlossen, wenn der Vertrag von einer Seite vor Eröffnung des Konkursverfahrens schon vollständig erfüllt war. Sollte ein Fixgeschäft nach der ursprünglichen Absicht der Vertragschliessenden erst nach der Zeit, zu der die Konkurseröffnung erfolgte, erfüllt werden, wurde die Erfüllung aber vor dieser Zeit angeboten und nach erfolgter Annahme ausgeführt, so ist überhaupt kein zweiseitiges Geschäft im Sinne des § 15 mehr vorhanden; die Sache liegt vielmehr ebenso, als ob es sich von vornherein um ein einseitiges Geschäft gehandelt hätte. Es kann also der Konkursverwalter, wenn der Gemeinschuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit vollständig erfüllt hat, die Erfüllung der Gegenleistung fordern, während im umgekehrten Falle der andere Teil die Erfüllung aus der Masse nicht verlangen, sondern nur die ihm

[1]) V. hiezu: v. Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 357 § 1 Bd. II. S. 376 ff.; Anschütz-Völderndorff Art. 357 Nr. I. Bd. III. S. 351 ff.; Makower ebendas. Nr. 41 a; Puchelt, Handelsrecht Bd. II. S. 325; ferner die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts: Bd. 2 Nr. 21 S. 92 ff., Bd. 3 S. 277, 286, Bd. 4 Nr. 33 S. 164, Bd. 5 Nr. 38 S. 172 ff., Bd. 6 S. 20, 227, 378, 398, Bd. 8 Nr. 18 S. 73 ff. u. Nr. 58, Bd. 9 Nr. 112, S. 406 ff., Bd. 10 Nr. 29 S. 148 ff., Bd. 11 Nr. 132 S. 432, Bd. 16 Nr. 72 S. 291, Bd. 20 Nr. 64 S. 236.

wegen Nichterfüllung zustehenden Entschädigungsansprüche im Konkursverfahren (als Konkursgläubiger) anmelden kann. (V. Bem. I. 3 zu § 15 und Bem. III. zu § 21.)[1])

III. Feststellung der Forderung wegen Nichterfüllung.

1) Liegen die in den Bem. I. und II. erörterten Voraussetzungen vor, so hat der Konkursverwalter nach der Schlussbestimmung in Abs. 1 des § nicht die dem anderen Teil schon durch § 15 entzogene Wahl, ob er die Erfüllung verlangen und die aus den Art. 354—357 H.-G.-B. abzuleitenden Rechte verfolgen will oder nicht. Auch er kann vielmehr nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen. Es handelt sich hier nicht um einen Verzug nach eingetretener Erfüllungszeit. Vielmehr löst der vorher eintretende Konkurs das Lieferungsgeschäft in ein Differenzgeschäft auf. (M. S. 71.) Damit eine solche Forderung mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wird vorausgesetzt, dass die Nichterfüllung der betr. Partei Schaden bringt; es kann deshalb, je nachdem der zu ermittelnde Markt- oder Börsenpreis höher oder niedriger als der im Vertrag festgesetzte Preis ist, von dem einen oder anderen Teil Entschädigung verlangt werden. Übrigens bleibt die Umwandlung des Lieferungsgeschäftes in ein Differenzgeschäft, die sich mit der Eröffnung des Konkursverfahrens kraft Gesetzes vollzieht, auch dann in Kraft, wenn das Verfahren im Wege des Zwangsvergleichs oder durch Einstellung beendigt wurde, und kann weder der Gemeinschuldner noch der andere Teil nachträglich die Erfüllung verlangen. (V. Bem. I. 5 zu § 15.)[2])

2) Dass bei Berechnung dieser Entschädigungsforderung „die Differenz zwischen dem Kontraktspreis und dem Markt- oder Börsenpreis zu Grund gelegt werden muss, welcher gleichartige Waren für den Lieferungstag oder die Lieferungszeit an dem Erfüllungsorte oder an dem für diesen massgebenden Handelsplatz gehabt haben“, wurde bei Aufstellung des Entwurfes als selbstverständlich angesehen. (M. S. 71.) Dagegen bestanden Zweifel bezüglich der Frage, „von welchem Tage jener Markt- oder Börsenpreis zu nehmen ist“, und es wurde erwogen, ob nicht nach dem Vorgang der preussischen Konkursordnung (§ 17) der am Erfüllungstage geltende Kurs für massgebend zu erklären sei, oder, wie von anderer Seite vorgeschlagen wurde, der nach einer Durchschnittsberechnung für die ganze Lieferungsfrist sich ergebende Kurs, oder endlich der Kurs des Tages, an dem die Zahlungseinstellung erfolgte oder bekannt wurde. Dass man sich entschloss, von Vorschriften dieser Art abzusehen und im allgemeinen an dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung festzuhalten, wurde in den Motiven (S. 71—74) ausführlich gerechtfertigt, insbesondere bemerkt: „die Eröffnung des Konkursverfahrens ist es, welche gesetzlich die Nichterfüllung des Lieferungsvertrages bewirkt und derselben die Geldentschädigung substituiert; es entspricht auch der Absicht der Parteien, wenn mit der Konkurseröffnung „„der Lieferungstermin für abgelaufen und der Erfüllungstag für sofort eingetreten““ gilt; und der Zeitpunkt der Konkurseröffnung bietet beiden Teilen, dem Gemeinschuldner wie dem Mitkontrahenten, gleiche Chancen auch

[1]) So auch Hullmann S. 103 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 239; v. Wilmowski S. 95; Stieglitz S. 95 Nr. IV. Anm. c.; Meisner S. 82 Anm. 1; Fitting § 6 Anm. 16; Eccius Bd. I. S. 802 § 117 Anm. 4; Dernburg Bd. II. S. 294 § 118. A. M. sind: v. Sarwey S. 88, 89; Wengler S. 151; Mandry § 40 S. 340, bes. Anm. 4. Dieselben berücksichtigen nicht, dass § 16, wie aus der Stellung und dem Wortlaut desselben hervorgeht, auch in den Motiven (S. 69) ausdrücklich hervorgehoben wurde, nur eine Umgestaltung der in § 15 enthaltenen Vorschrift in Ansehung der Fixgeschäfte enthält. Dass die Motive zur Konkursordnung den Motiven zum Entwurf einer Gemeinschuldordnung entsprechen und diese (in § 20) den streitigen Fall der Vorschrift des § 20 unterwerfen wollte, ist ohne Bedeutung. Da § 15 der Konkursordnung den Fall, auf welchen sich § 20 des Entwurfes zu einer Gemeinschuldordnung bezog, nicht umfasst, ist auch die Tragweite der Motive eine andere geworden.

[2]) V. Hullmann S. 104; Dernburg Bd. II. S. 297 § 118 a. E.; pr. Obertrib. 9. Okt. 1860. Striethorst, Arch. Bd. 38 S. 285.

insofern, als beiden auf den Eintritt desselben — die Eröffnung des Verfahrens — ein gleicher Einfluss zusteht." (M. S. 73 und 74.)

3) Die Vorschrift des Abs. 2, nach welcher für die Berechnung des Preisunterschiedes nicht der Tag der Konkurseröffnung massgebend ist, sondern der zweite Werktag nach der Konkurseröffnung den „Regulierungstag" bildet, wurde in den Motiven in folgender Weise begründet: „der Hauptzweck des § 16 ist es, den Mitkontrahenten in die Lage zu bringen, an Stelle des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäftes zur Deckung seiner Verbindlichkeiten ein neues gleichartiges Geschäft zu demjenigen Preise abzuschliessen, welcher für jenes Geschäft mit dem Gemeinschuldner berechnet wird. Er muss deshalb in der Lage sein, das neue Geschäft an dem Regulierungstage abzuschliessen. Das vermag er nicht an dem Tage der Konkurseröffnung, welche oft erst nach dem Schlusse der Börse erfolgen und selten vor dem Schlusse dem Kontrahenten bekannt werden kann. Der Entwurf wählt daher den zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung als den Regulierungstag." (M. S. 74.) Es soll hienach demjenigen, der mit dem Gemeinschuldner ein Fixgeschäft abgeschlossen hat — die betr. Vorschrift kommt übrigens auch dem Konkursverwalter zu gut — Zeit gelassen werden, durch Abschluss eines neuen Geschäftes sich dieselbe Ware, die ihm der Gemeinschuldner zu liefern hatte, zu verschaffen, bezw., falls er seinerseits an den Gemeinschuldner liefern sollte, anderweitig abzusetzen, und es soll der Unterschied zwischen den Preisen dieses und des mit dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Geschäftes vergütet werden. Da der zweite Werktag nach der Eröffnung des Verfahrens als Regulierungstag angenommen wurde, so kommt ein auf die Konkurseröffnung folgender Sonntag bei der Berechnung nicht in Betracht und ebenso sind diejenigen Tage ausser acht zu lassen, welche am Erfüllungsorte bezw. an dem massgebenden Handelsplatze als gesetzliche Feiertage gelten. Es ist aber, da nicht der auf die Konkurseröffnung folgende, sondern erst der zweite Werktag massgebend ist, nicht bloss der Tag der Konkurseröffnung, sondern auch der nächste Werktag zur Kenntnisnahme und Vorbereitung des Geschäftes eingeräumt und ist nicht etwa, wie aus den Motiven geschlossen werden könnte, der auf die Konkurseröffnung folgende, sondern der nächste Werktag als Regulierungstag anzusehen.[1])

Wenn die Erfüllungszeit bezw. der Ablauf der für die Lieferung bestimmten Frist mit dem Tag der Konkurseröffnung oder dem darauf folgenden Werktag zusammenfällt, so fällt sie in die Zeit nach der Konkurseröffnung. Nichts berechtigt statt des im Gesetz für die Preisberechnung festgesetzten Tages, den Kurs des Erfüllungstages zu Grund zu legen. Da es nicht möglich ist, einen den Vorschriften des Abs. 2 entsprechenden Markt- oder Börsenpreis zu ermitteln — am zweiten Werktag mit der Erfüllungszeit der vorhergegangenen Tage abgeschlossene Geschäfte giebt es nicht — so kommt Abs. 3 des § zur Anwendung. Der Fall gehört dann nicht unter § 16 Abs. 1 und 2, sondern unter § 15.[2])

4) Die Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung, welche dem einen oder anderen Teile zusteht, ist zwar nach dem Markt- oder Börsenpreis zu berechnen, welcher sich am zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung ergiebt; es kommen dabei aber nach der

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 245 ff.; v. Wilmowski S. 97 Nr. 6; Stieglitz S. 95; Meisner S. 83; Willenbücher S. 37; Mandry S. 370 a. E. Bezüglich des Art. 41 der Wechselordnung, der eine ähnliche Vorschrift enthält, wurde anfangs die Auslegung versucht, dass bei der Berechnung der Verfalltag als erster Werktag zu zählen sei oder doch der zweite Tag nach dem Verfalltag immer benutzt werden müsse, wenn dieser Tag ein Werktag sei. Diese Auslegung wird aber jetzt allgemein verworfen. V. Bluntschli, Wechselordnung Bem. 2 S. 81 ff.; Borchardt, ebendas. Zus. 395. Volkmann und Löwy S. 171 und die dort angeführte Litteratur.

[2]) V. v. Wilmowski S. 96 Nr. 4; Willenbücher S. 36 Nr. 1 c.; Fitting § 6 Anm. 18; Eccius Bd. I. S. 802 a. E.; Dernburg Bd. II. § 118 Anm. 12. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 240, welcher die in § 6 aufgestellte Vermutung für durchschlagend hält. Diese kann aber hier bei dem Schweigen des Gesetzes nicht angerufen werden.

Vorschrift des Gesetzes nur solche Geschäfte in Betracht, welche „mit der bedungenen Erfüllungszeit geschlossen sind.“ Die Forderung wird so berechnet, wie wenn das Geschäft am zweiten Werktag nach der Konkurseröffnung auf Lieferung mit der im Vertrag bedungenen Erfüllungszeit geschlossen wäre. Der bei Platzgeschäften oder bei bedungener Barzahlung für sofortige Lieferung an diesem Tage gezahlte Preis, durch dessen Zugrundlegung der Inhalt des Vertrages willkürlich geändert würde, ist nicht massgebend. Bei Waren, welche einen Markt- oder Börsenpreis haben, wird die Ermittelung nur dann unmöglich sein, wenn an dem in Frage stehenden Platz derartige Geschäfte für den entscheidenden Zeitpunkt nicht geschlossen wurden. (M. S. 74.) Dass, wenn eine solche Ermittelung nicht möglich ist, die Vorschrift des § überhaupt keine Anwendung finden kann, ist in Abs. 3 ausdrücklich gesagt; es kann also in diesem Falle nicht etwa auf den Kurs am vertragsmässigen Lieferungstage bezw. den Durchschnittskurs der Lieferungsfrist zurückgegangen werden. In einem solchen Falle liegt, wie auch in den Motiven a. a. O. hervorgehoben wurde, kein Bedürfnis zur Anwendung des § 16 vor, weil weder die Vertragschliessenden gefährlichen Kursschwankungen ausgesetzt sind, noch ein solches Geschäft als Glied einer Reihe gleichartiger Geschäfte anzusehen ist.

§ 17.

Auf Pacht- und Mietverträge über Sachen übt, wenn deren Übergabe schon erfolgt ist, die Eröffnung des Verfahrens folgende Wirkungen aus:

1. hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so kann sowohl der andere Teil als der Verwalter den Vertrag aufkündigen. Die Frist oder Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche;
2. hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so wirkt eine freiwillige Veräusserung der Sache durch den Konkursverwalter auf die Zulässigkeit der Kündigung sowie auf die Dauer des Vertrages wie eine Zwangsversteigerung.

§ 18.

Wenn der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet hatte, und die Übergabe der Sache zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht erfolgt ist, so kann der andere Teil von dem Vertrage abgehen, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Auf Erfordern des Verwalters muss der andere Teil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Vertrage abgehen will. Unterlässt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 15 zur Anwendung.

(E. §§ 17 und 18; M. S. 74 ff.; K. S. 15; pr. K.-O. § 18.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Dass auf die Pacht- und Mietverträge die Vorschriften des § 15 keine Anwendung finden, hat, wie in den Motiven (S. 74 ff.) dargelegt wurde, darin seinen Grund, dass bei diesen „Gebrauchsverträgen“ nicht, wie es bei den übrigen ein Schuldverhältnis begründenden Verträgen meist der Fall ist, „die Erfüllung und das Ende sich durch eine einmalige Leistung ihres Gegenstandes vollzieht“, sondern „ihr Inhalt auf ein fortdauerndes Verhältnis zu einer Sache gerichtet ist, und ihre Erfüllung in eine einmalige vermittelnde Leistung, die Hingabe der Sache, und in das fortdauernde Gewähren und Haben von Gebrauch und Nutzung der Sache gegen Entgelt zerfällt.“ (M. S. 74 ff.) Es wurde auf die in einzelne Gesetzgebungen übergangene Auffassung hingewiesen, nach welcher nur bezüglich der einmaligen Leistung ein reines Schuldverhältnis, rücksichtlich des fortdauernden Verhältnisses von Pächter und Mieter zur Sache aber zugleich ein dingliches Verhältnis angenommen wird. Wenn auch darauf verzichtet wurde, „dem Pächter und Mieter für das Recht zum vertragsmässigen Gebrauch der Sache die Stellung eines absonderungsberechtigten Gläubigers einzuräumen“, glaubte man deshalb, die Frage, ob der Vertrag fortdauern oder durch die Konkurseröffnung aufgehoben werden solle, in anderer Weise, als es in § 15 geschehen, regeln zu müssen. Das durch diesen § dem Verwalter eingeräumte Wahlrecht würde dazu geführt haben, dass entweder das Vertragsverhältnis bis zur vertragsmässigen Beendigung desselben fortgesetzt werden oder demselben sofort nach Ernennung des Konkursverwalters ein Ende gemacht werden müsste. Beiden Folgen standen aber Bedenken gegenüber. Deshalb gelangte die Auffassung zur Geltung, dass die Konkurseröffnung die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht unmittelbar hemmen dürfe, wohl aber die Beendigung desselben vor dem vertragsmässig bedungenen Zeitpunkte gestattet werden müsse. Demgemäss wurden in den §§ 17 und 18 besondere Regeln für die Erfüllung bezw. Fortdauer der Pacht- und Mietverträge aufgestellt. Hiebei wurde die Unterscheidung gemacht, ob beim Eintritt des Konkursverfahrens die Sache schon übergeben war oder nicht. Den ersten Fall regelt § 17, den zweiten § 18.

2) Die beiden §§ beziehen sich nur auf Pacht- und Mietverträge über Sachen, nicht auf die Dienstmiete, auf welche, soweit nicht die Vorschriften des § 19 zutreffen, § 15 zur Anwendung kommt. Dagegen finden jene Vorschriften gleichmässig Anwendung auf Pacht- und Mietverträge über unbewegliche, wie über bewegliche körperliche Gegenstände. (M. S. 81.) Auch soweit bestimmte Rechte den Gegenstand des Mietvertrages bilden, finden die §§ Anwendung, da diese Rechte zu den Sachen im weiteren Sinne des Wortes gehören und die Verpachtung derselben auch in anderer Beziehung unter die Vorschriften über die Sachmiete fällt, [1]) jedenfalls hier nur die Dienstmiete ausgeschlossen sein soll. Insbesondere sind die in Frage stehenden Vorschriften massgebend, soweit die Verpachtung eines Jagdrechtes oder Fischereirechtes in Frage steht. Es ist hier nicht der das Jagdgebiet bildende Grund und Boden oder das Fischwasser selbst, sondern eine einzelne dort auszuübende Befugnis Gegenstand des Pachtvertrages. Aber das Bedürfnis nach einer Kündigung kann auch hier bestehen, sofern die Verwertung des Rechtes Schwierigkeiten macht. Die „Übergabe“ erfolgt hier durch die Übertragung des Rechtes. [2])

Ob der Vertrag als Pacht- oder als Mietvertrag aufzufassen ist, bewirkt einen Unterschied nicht. Auch die Wohnungsmiete des Gemeinschuldners wird durch die Vorschriften der §§ betroffen und ist daher wie nach der preussischen Konkursordnung für den Verwalter bindend, bis sie vertragsmässig oder zufolge einer Kündigung beendigt ist. [3])

[1]) V. Windscheid, Pand. Bd. II. § 399 Anm. 8.

[2]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 249; v. Wilmowski S. 98 Nr. I; Stieglitz S. 98; Willenbücher S. 38. A. M.: v. Sarwey S. 91 Nr. 1 a.

[3]) V. Hullmann S. 106 und 107; Stieglitz S. 98.

II. Fälle, in denen die Übergabe der Sachen schon erfolgt ist. (§ 17.)

1) Die Frage, ob die Sachen, welche den Gegenstand des Pacht- oder Mietvertrages bilden, bei Eröffnung des Konkursverfahrens bereits übergeben waren, wird in der Regel keine Schwierigkeit verursachen. Ob die „Übergabe der Sache" stattgefunden hat, ist im einzelnen Falle unter Berücksichtigung der thatsächlichen Verhältnisse und der Absicht der Parteien zu entscheiden. Im allgemeinen wird § 18 (nicht § 17) zutreffen, wenn der Mietvertrag ein einheitliches Ganzes bildet und noch nicht alle dem Mieter oder Pächter zu überantwortenden Gegenstände, auf die es demselben ankommt, übergeben worden sind, denn die Übergabe ist erst dann erfolgt, wenn sie abgeschlossen, d. h. das Wesentliche übergeben ist. Wenn aber die Übergabe im wesentlichen erfolgt und nur die nachträgliche Übergabe einzelner Gegenstände, z. B. nach Übergabe eines Gutsinventars die Nachlieferung einzelner der Ausbesserung unterliegenden Sachen vorbehalten ist, so muss § 17 Anwendung finden. Ist der Pächter noch gar nicht in den Besitz des Gutes oder des Inventars im ganzen eingewiesen, sondern die Übergabe erst vorbereitet oder durch Aushändigung einzelner Sachen begonnen, so ist diese nicht abgeschlossen. Ist von mehreren Räumlichkeiten bloss eine übergeben, so kommt es darauf an, ob der Sache nach mehrere Mietverträge vorliegen oder ob ein Raum als Hauptsache anzusehen ist und mit dessen Überweisung die Übergabe als abgeschlossen anzusehen ist. [1]) Nur auf die Übergabe der verpachteten oder vermieteten Sachen, nicht auf die Zahlung des Pacht- oder Mietzinses kommt es an. Sollte dieser vorausbezahlt, die verpachtete oder vermietete Sache aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht übergeben worden sein, so hat nicht § 17, sondern § 18 bezw. § 15 Anwendung zu finden. Hienach ist, wenn der Konkursverwalter sich für Nichterfüllung entscheidet, die Partei, welche den Mietzins an den Gemeinschuldner bezahlt hat, nur berechtigt, ihren Anspruch auf Rückforderung und die ihr etwa zustehende weitere Entschädigungsforderung im Konkursverfahren gemäss § 21 geltend zu machen. [2])

2) Hatte der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so wird, wenn die Voraussetzungen des § 17 vorliegen, der Vertrag durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben, und es hat auch der Konkursverwalter nicht (wie in den Fällen der §§ 15 und 18) das Recht, ohne weiteres vom Vertrage abzugehen. [3]) Dagegen ist sowohl der Verwalter als der andere Teil befugt, den Vertrag zu kündigen, und ist keiner von beiden an die vertragsmässige Kündigungsfrist gebunden, wenn dieselbe von längerer Dauer ist als die gesetzliche oder ortsübliche Frist. Dass solche Fristen fast überall bestehen, wurde angenommen, und deshalb absichtlich unterlassen, für die Fälle, in denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, eine besondere Kündigungsfrist festzusetzen, die Regelung für solche Fälle vielmehr der Landesgesetzgebung überlassen. (M. S. 79.) Falls eine gesetzliche Kündigungsfrist fehlt, muss es bei der vertragsmässigen Kündigungsfrist sein Bewenden haben, denn daraus, dass von zwei verschiedenen Fristen die kürzere massgebend sein soll, kann nicht gefolgert werden, dass, falls nur eine vertragsmässige Frist gegeben ist, die Kündigung an gar keine Frist

[1]) V. v. Wilmowski S. 99; Stieglitz S. 99; Meves S. 25, 26; v. Völderndorff Bd. I. 250. Letzterer unterscheidet, ob die Übergabe inbetreff der Gegenstände eine teilweise ist oder der Akt selbst noch als unvollendet erscheint. Es handelt sich aber gerade darum, wann die Übergabe als vollendet anzusehen ist, obgleich erst ein Teil der auszuhändigenden Gegenstände übergeben wurde.

[2]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 266 Anm. 6; v. Sarwey S. 92 Nr. 2; Meves S. 26, 27; Arnold K. das Mietwesen § 18 Anm. 1 a. E. A. M. ist Fitting § 6 Anm. 22 und 30, der bloss eine im Schätzungswert des vertragsmässigen Anspruchs bestehende Entschädigung gewährt wissen will. Aber zunächst ist doch die Masse um den nicht erst durch Abschätzung zu bestimmenden Mietzins grundlos bereichert. Ausserdem kann weiterer Schaden entstanden sein.

[3]) Dies gilt auch für Pachtungen des Gemeinschuldners, welche sich auf Staatsgut beziehen. Es ist sonach die gemeinrechtliche Vorschrift, nach welcher derartige Pachtverträge sofort erlöschen, wie in den Motiven (S. 78) hervorgehoben wurde, ausser Kraft gesetzt.

gebunden sein soll. [1]) Nur wenn es auch an einer vereinbarten Kündigungsfrist fehlt, wird die Kündigung jederzeit stattfinden können, da die Unkündbarkeit durch das Gesetz jedenfalls beseitigt werden soll. Die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher die Aufkündigung eines Pachtverhältnisses erst zu Ablauf des auf die Konkurseröffnung folgenden Wirtschaftsjahres gestattet sein sollte, wurde als ungerechtfertigt abgelehnt. (M. S. 80.) Auch wurde es für überflüssig gehalten, besonders vorzuschreiben, dass die Kündigung einer Pacht nur zu Ablauf eines Wirtschaftsjahres geschehen dürfe, weil nirgends eine Aufhebung mitten im Wirtschaftsjahr gestattet sein würde (M. S. 79); es hat daher auch in dieser Beziehung bei dem geltenden Recht oder Ortsgebrauch sein Bewenden. Als selbstverständlich wurde es endlich angesehen, dass in der Unterlassung der Kündigung während des ersten Wirtschaftsjahres ein Verzicht auf das weitere Kündigungsrecht nicht zu finden sei, dieses vielmehr, wenn im ersten Jahr kein Gebrauch davon gemacht worden sei, auch noch in den folgenden Jahren ausgeübt werden dürfe. (M. S. 79 und 80.) An Stelle der vertragsmässigen Kündigungsfristen treten hienach die gesetzlichen bezw. ortsüblichen Fristen. [2])

Dass, solange der Pacht- oder Mietvertrag fortbesteht, die Erträgnisse aus den vom Gemeinschuldner gepachteten oder gemieteten Sachen und ebenso die an denselben zu zahlenden Pacht- oder Mietzinsen in die Masse fliessen, ist selbstverständlich. Es kann aber umgekehrt auch kein Zweifel darüber bestehen, dass der an den andern Teil zu zahlende Mietzins, soweit es sich um die Zeit nach der Konkurseröffnung handelt, als „Masseschuld" (§§ 50 ff.) anzusehen ist. Dies ergiebt sich aus dem Grund des Gesetzes. (V. Bem. I. 4 zu § 15.) Der Wortlaut des § 52 Z. 2 trifft aber ebenfalls zu, denn es handelt sich um „zweiseitige Verträge, deren Erfüllung für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss." [3]) Dass der Gemeinschuldner kein Recht darauf hat, die gepachteten Grundstücke nach Eröffnung des Verfahrens noch weiter zu geniessen oder in der gemieteten Wohnung zu verbleiben, folgt aus den §§ 5 und 107. Wie lange derselbe in der Wohnung belassen werden muss, ist lediglich nach § 118 zu bestimmen. [4]) Aus den aufgestellten Sätzen folgt auch, dass die Übertragung der dem Gemeinschuldner zustehenden Mietzinsforderung, soweit dieselbe für die Zeit nach der Konkurseröffnung erwächst, unwirksam ist. Ob die Nutzung nach diesem Zeitpunkte noch gewährt wird, hängt nicht von seiner Verfügung ab. Deshalb müssen auch seine über den Gegenwert solcher Nutzungen getroffenen Verfügungen, selbst wenn sie vor der Konkurseröffnung getroffen wurden, unwirksam sein. [5])

Die Partei, welche mit dem Gemeinschuldner einen Pacht- oder Mietvertrag auf längere Dauer abgeschlossen hat, ist, wenn das Pacht- oder Mietverhältnis zufolge einer Kündigung durch den Verwalter vor Ablauf der bedungenen Zeit beendigt wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen berechtigt, Ersatz des dadurch entstandenen Schadens zu verlangen. Dies wurde auch in den Motiven (S. 78) anerkannt. Der Umstand, dass der Konkursverwalter von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch gemacht hat, kann den Schadenersatz nicht ausschliessen, denn das Gesetz sagt nicht, dass das Mietverhältnis ohne Entschädigung abgekürzt werden dürfe. Es kommen also, in Ermangelung einer solchen

[1]) So auch v. Sarwey S. 94 und Meisner S. 91. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. I. S. 257—259 und Stieglitz S. 101, welche in diesem Falle sofortige Kündbarkeit ohne Rücksicht auf die vertragsmässige Kündigungsfrist annehmen.

[2]) So auch: v. Sarwey S. 93; v. Völderndorff Bd. I. S. 261; Stieglitz S. 100, 101 Nr. 5; v. Wilmowski S. 100 u. 101 Nr. 5; Eccius Bd. I. § 117 Anm. 9 S. 803. A. M.: Willenbücher S. 38 Nr. 3 b.

[3]) V. R.-G. (III.) 4. Mai 1880, Entsch. Bd. I. S. 347; O.-L.-G. Hamburg 21. Jan. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 485, 486.

[4]) V. v. Sarwey S. 94; v. Völderndorff Bd. I. S. 252, 253; Meves S. 26; Fitting § 6 Anm. 29.

[5]) R.-G. (I.) 25. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 109.

Vorschrift, die allgemeinen Grundsätze des Landesrechtes zur Anwendung. [1]) Da der Verwalter innerhalb der ihm zustehenden gesetzlichen Befugnisse gehandelt hat, kann aber die Entschädigung nicht etwa (nach § 52 Z. 1) als Masseschuld geltend gemacht, sondern unbeschadet des in § 41 Z. 2 und 4 eingeräumten Absonderungsrechtes lediglich im Konkursverfahren angemeldet werden. Wird von dem anderen Teil vor Ablauf der bedungenen Zeit gekündigt, so kann der Verwalter keine Entschädigung verlangen, da die Kündigung mit Rücksicht auf das Konkursverfahren gerechtfertigt und für dieses lediglich der Gemeinschuldner verantwortlich ist. [2]) Ebensowenig kann natürlich der Verpächter oder Vermieter, wenn er selbst kündigt, Entschädigung beanspruchen.

3) Hatte der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet, so soll die Konkurseröffnung auf den Fortbestand des Pacht- oder Mietverhältnisses keinen Einfluss haben, weil auch sonst Veränderungen, welche in der Person des Verpächters oder Vermieters durch Tod Besitzwechsel oder andere Umstände den Fortbestand des Vertragsverhältnisses nicht beeinflussen. Nur insoweit war eine Ausnahme notwendig, als der Zustand der Verpachtung oder Vermietung die im Interesse der übrigen Gläubiger gebotene Veräusserung der Sache hindern würde. (M. S. 81.) Für die Länder, in denen der Satz: „Kauf bricht Miete“ gilt, wäre eine besondere Vorschrift dieser Art nicht notwendig gewesen. Wohl aber war eine solche mit Rücksicht darauf geboten, dass dieser Satz nicht überall und namentlich nach französischem Rechte (Art. 1743 C. c.) nicht gilt. Aber auch für diese Gebiete wollte man in das materielle Recht nicht eingreifen, sondern hielt es für genügend, der freiwilligen Veräusserung durch den Konkursverwalter dieselbe Wirkung beizulegen, welche sonst das bürgerliche Recht einer Zwangsveräusserung beilegt. Nur wenn diese eine Beendigung des Pacht- oder Mietverhältnisses herbeiführt, oder eine frühere als die vertragsmässige Kündigung ermöglicht, hat also die Veräusserung durch den Verwalter die gleiche Wirkung.

Wird durch die vom Konkursverwalter vorgenommene Veräusserung eine Aufhebung des Pacht- oder Mietverhältnisses vor Ablauf der bedungenen Zeit herbeigeführt, so kann der Pächter oder Mieter die ihm daraus erwachsende Entschädigungsforderung im Konkursverfahren geltend machen. (V. Bem. II. 2 am Schluss.)

III. Fälle, in denen die Übergabe der Sache noch nicht erfolgt ist. (§ 18.)

1) Wenn der Gemeinschuldner verpachtet oder vermietet hat und die Übergabe der Sache noch nicht erfolgt ist, das Pacht- oder Mietverhältnis also vonseite des Pächters oder Mieters weder ganz noch teilweise in Vollzug gesetzt wurde (Bem. II. 1), so hat es, da das Gesetz für diesen Fall keine besondere Vorschrift enthält, bei der allgemeinen Bestimmung des § 15 für zweiseitige Verträge sein Bewenden. Es steht hienach, wie auch die Motive (S. 82) hervorheben, im Belieben des Konkursverwalters, ob er den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen oder sich für die Nichterfüllung entscheiden will. Ebenso ist derselbe verpflichtet, auf Erfordern des anderen Teils ohne Verzug die in § 15 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung abzugeben, widrigenfalls er auf der Erfüllung nicht bestehen kann.

Entscheidet sich der Verwalter für die Nichterfüllung, so kommen die Vorschriften des § 21 zur Anwendung, und es kann der andere Teil die ihm zustehenden Entschädigungsansprüche als Konkursgläubiger geltend machen. Verlangt der Verwalter dagegen die Erfüllung, so ist für diese lediglich § 15, nicht § 17 Z. 2 massgebend. (M. S. 82.)

[1]) So (bezüglich des rhein. Rechtes) R.-G. (II.) 14. Febr. 1882 und 18. Dez. 1883, Entsch. Bd. VII. S. 19 und Bd. XI. S. 357; O.-L.-G. Köln 16. Mai 1883, rhein. Arch. Bd. 74 Abteil. II. S. 55. A. M.: v. Völderndorff Bd. I. S. 256; Fitting § 6 Anm. 30.

[2]) V. v. Sarwey S. 94; v. Wilmowski S. 100 Nr. 4 a. E.; Stieglitz S. 101 Nr. 5; Willenbücher S. 39 Nr. 3 a. E.

2) Hat der Gemeinschuldner gepachtet oder gemietet, so steht dem Konkursverwalter, wenn die Sache noch nicht übergeben wurde, ebenso wie im vorigen Fall das ihm durch § 15 verliehene Wahlrecht zu. Da aber die Person des Pächters bezw. Mieters in ganz anderer Weise von Bedeutung ist, als die des Verpächters oder Vermieters, so hat der Gesetzgeber diesem letzeren aus denselben Gründen, die dazu führten, ihm in § 17 Z. 1 ein besonderes Kündigungsrecht zu gewähren, ein Rücktrittsrecht eingeräumt, das er, ohne Entschädigungsansprüche befürchten zu müssen, ausüben kann. (M. S. 82.) Erst wenn von diesem Recht kein Gebrauch gemacht worden oder dasselbe durch Unterlassung der „ohne Verzug" zu gebenden Erklärung verloren worden ist, kommt sonach das Wahlrecht des Verwalters in Frage.

Dass der Verpächter bezw. Vermieter, der von dem ihm zustehenden Rücktrittsrechte keinen Gebrauch macht, also zur Erfüllung bereit ist, falls sich dann der Konkursverwalter für die Nichterfüllung entscheidet, seine Entschädigungsansprüche im Konkursverfahren geltend machen kann, ergiebt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sowie aus den §§ 15 und 21.

§ 19.

Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile aufgekündigt werden. Die Frist und Zeit für die Kündigung ist, falls eine kürzere Frist oder nähere Zeit nicht bedungen war, die gesetzliche oder ortsübliche und in Ermangelung einer solchen von dem Konkursgerichte auf Antrag des Kündigenden festzusetzen.

(E. § 19; M. S. 82 ff.; K. S. 17 ff., 149 u. 156.)

1) Während die §§ 17 und 18 sich mit der Sachenmiete beschäftigen, handelt § 19 von der Dienstmiete. Es werden in demselben aber nur für die eigentlichen Dienstverträge besondere Vorschriften getroffen, während es für die anderen Fälle der Dienstmiete, da sie weder durch die §§ 17 und 18 noch durch § 19 betroffen werden, bei den im § 15 aufgestellten Regeln sein Bewenden hat.

Der § 19 betrifft nur solche Dienstverhältnisse, welche die Erwerbsthätigkeit vollständig oder doch hauptsächlich in Anspruch nehmen und bei denen es sich um fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste handelt, mögen dieselben lediglich in körperlicher Kraftanwendung oder in Leistungen bestehen, welche besondere Sachkenntnis, technische Fertigkeit, höhere Bildung u. s. w. erfordern. Ob das Verhältnis im Sinne des § 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 betr. die Beschlagnahme des Arbeitslohns ein dauerndes ist, kommt nicht in Betracht. Nicht hierher gehören die locatio conductio operis sowie Verträge über Verrichtung von einzelnen oder mehreren untereinander in keinem Zusammenhang stehenden Dienstleistungen. (M. S. 83.) Auch der Unterschied zwischen „operae locari solitae" und „operae liberales", bezüglich dessen in den Motiven (a. a. O.) bemerkt wurde, dass er heutzutage nicht mehr anwendbar sei, kommt für § 19 nicht in Betracht. Als Beispiele von Fällen, auf welche die Vorschrift des § zutrifft, wurden in den Motiven (S. 83) angegeben: „Die Dienstverträge des Gemeinschuldners mit Hausdienern und Handlungsdienern, Packern, Markthelfern, mit seinen Handlungsgehilfen oder Gewerbegehilfen, Gesellen, Fabrikarbeitern, Werkmeistern oder mit Technikern oder anderen Privatbeamten." (vgl. Bem. II. 2 zu § 54.)

2) Auch sofern ein Dienstvertrag in dem soeben angegebenen Sinne vorliegt, ist die Anwendung der §§ 15 und 19 insoweit zweifelhaft, als es sich um Verbindlichkeiten handelt, welche mit der Person des Gemeinschuldners in untrennbarem Zusammenhange stehen. In dem Entwurf zur Konkursordnung war in § 19 von einem „bei dem Gemeinschuldner angetretenen Dienstverhältnis" die Rede. Es wurde aber in den Motiven (S. 83) bemerkt: „dass diejenigen Dienstverhältnisse ausgeschlossen sind, in denen der Gemeinschuldner der Dienstleistende ist, und diejenigen, nach welchen er zwar die Dienste zu fordern hat, die Dienste aber nur an ihn, und nicht an den Konkursverwalter und zur Konkursmasse geleistet werden können." Auch wurde dieser Standpunkt in der Reichstagskommission von Hagens ausführlich vertheidigt. Dem dargelegten Gedanken gab Abg. von Vahl die Fassung, dass das Dienstverhältnis mit der Konkurseröffnung aufgehoben werde, „soweit dasselbe nur zu persönlichen Dienstleistungen bei dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen verpflichtet." Diese Unterscheidung fand jedoch in der Kommission keinen Anklang. Vielmehr hat dieselbe einen von Websky beantragten Zusatz angenommen, in dem gesagt war: „Die vorstehende Bestimmung findet Anwendung, gleichviel ob die Dienstleistung an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist oder nicht." Zur Begründung seines Antrags hatte Websky bemerkt: „er wolle das Gegenteil von dem zum Ausdruck bringen, was der Antrag des Vorsitzenden (von Vahl) bezwecke", und dann noch beigefügt: „Der „„Angehörigen"" habe er nicht besonders gedacht, weil er annehme, dass durch den Antrag der Fall, wo es sich um Leistungen an einen Angehörigen handle, ohnehin mitgetroffen werde." (K. S. 17 und 18.) Durch die Redaktionskommission wurde sodann dem §, einschliesslich des von Websky beantragten Zusatzes, die gegenwärtige Fassung gegeben, durch die der Gedanke ausgedrückt werden soll, dass es, wenn ein Dienstverhältnis der im § bezeichneten Art vorliege, nicht darauf ankomme, ob die Dienstleistungen nur dem Gemeinschuldner persönlich oder auch den Gläubigern zu gut kommen. Dass dies der Sinn des Gesetzes ist, ergiebt sich auch deutlich aus dem Gesetz selbst, denn ein im Haushalt des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann der Natur der Sache nach nicht dem Verwalter gegenüber erfüllt oder fortgesetzt werden. Die Motive sind, da das Gesetz die in denselben gemachte Unterscheidung nicht enthält und die Änderung der auf Antrag von Websky beschlossenen Fassung von der Redaktionskommission vorgenommen wurde, von einer Beseitigung des gefassten Beschlusses sonach nicht die Rede sein kann, ohne jede Bedeutung für die Frage. Da der von Websky ausgesprochene und von der Kommission gebilligte Gedanke auch durch die jetzige Fassung ausgedrückt wird, bedurfte es einer ausdrücklichen Aufnahme seines Antrags in das Gesetz nicht, um die in den Motiven gemachte Unterscheidung auszuschliessen. [1])

Der nach § 15 zu beurteilende Fall, dass der Gemeinschuldner in einem Dienstverhältnis steht, wird durch § 19 nicht berührt.

3) Damit § 19 Anwendung finden kann, kommt es nach obigen Ausführungen nicht darauf an, ob „die fortgesetzte Verrichtung gleichartiger Dienste", wie es nach den Motiven der Fall sein sollte, sich auf den Wirtschaftsbetrieb oder das Erwerbsgeschäft des Gemeinschuldners bezieht, also auch von dem Konkursverwalter, der die Vermögensverwaltung übernimmt, in Anspruch genommen werden kann, oder ob die Dienste lediglich dem Haushalt des Gemeinschuldners und seiner Familie zu gut kommen. Ausser den in den Motiven (Bem. 1) beispielsweise aufgezählten Personen sind deshalb auch die eigentlichen Dienstboten und alle diejenigen, welche ein dauerndes Dienstverhältnis anderer Art (z. B. als Hauslehrer, Erzieherin u. s. w.) bei dem Gemeinschuldner angetreten haben, berechtigt, die Vorschrift des

[1]) V. Hullmann S. 109 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 270 ff.; v. Wilmowski S. 104; Stieglitz S. 107, 108; Meisner S. 93, 94; Willenbücher S. 41; Fitting § 6 Anm. 31. A. M. sind: v. Sarwey S. 99; Wengler S. 164; Fuchs S. 109.

§ für sich geltend zu machen. Auch bezüglich dieser Personen liegt ein Dienstverhältnis im „Haushalte“ des Gemeinschuldners vor, der nicht mit dem wirtschaftlichen Begriffe der Hauswirtschaft zusammenfällt, sondern das ganze Hauswesen mit den verschiedenen häuslichen Interessen umfasst. [1]) Dass die betreffenden Personen zur Hausgenossenschaft gehören, ist nicht nötig. Ebenso ist es einerlei, ob die betr. Dienste für den Gemeinschuldner oder für dessen Angehörige bestimmt waren, wenn nur die Verpflichtung dem Gemeinschuldner gegenüber eingegangen wurde und die Bezahlung des Lohns von ihm verlangt werden kann. Auch die Kammerjungfer der Frau oder Tochter sowie die Erzieherin der Kinder kann also auf die im § vorgeschriebene Kündigung Anspruch machen. Ein Arzt oder ein Lehrer, der sich vertragsmässig verpflichtet hat, gegen ein bestimmtes Honorar im Haus zu bestimmten Zeiten Unterricht zu erteilen, steht dagegen nicht in einem „Dienstverhältnis“.

§ 19 findet nur dann Anwendung, wenn das Dienstverhältnis zur Zeit der Konkurseröffnung bereits „angetreten“ worden ist. Ein Antrag, das Wort „angetreten“ durch das Wort „bestehendes“ oder „eingegangenes“ zu ersetzen, wurde in der Reichstagskommission bekämpft und dann zurückgezogen. (K. S. 149.)

4) Liegt ein Dienstverhältnis der im § vorgesehenen Art vor, so kann sowohl die im Dienst des Gemeinschuldners stehende Person als der Verwalter unter Einhaltung der im Vertrag bedungenen Frist kündigen; wenn diese länger ist als die gesetzliche oder ortsübliche Frist, sind hier wie im Fall des § 17 Z. 1 die Fristen der letzteren Art massgebend. Da gesetzliche und ortsübliche Fristen hier häufiger als bei der Sachenmiete fehlen und es bei der Mannigfaltigkeit der einzelnen Dienstverträge nicht möglich war, für solche Fälle die Kündigungsfristen in allgemeiner Weise zu regeln, wurde die Festsetzung derselben dem Konkursgerichte übertragen. Dass der Lohn oder Gehalt der im Dienst des Gemeinschuldners stehenden Personen bis zur Beendigung des Dienstverhältnisses, also in der Regel bis zum Ablauf der Kündigungsfrist aus der Masse bezahlt werden muss, ergiebt sich daraus, dass das Dienstverhältnis durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben wird, von selbst. Während die Forderung für die bis zur Eröffnung des Verfahrens geleisteten Dienste als einfache Konkursforderung erscheint, die allerdings (nach § 54 Z. 1) in erster Linie befriedigt werden muss, ist dieselbe von da an (nach § 52 Z. 2) als Masseschuld anzusehen; dies gilt auch für die Forderungen derjenigen Personen, die lediglich im Haushalte des Gemeinschuldners verwendet werden, deren Dienste also den Gläubigern nicht zu gut kommen. Der Zweck des Webskyschen Antrags war denn auch der, die in Frage stehenden Personen gegen die Gefahr zu schützen, nach der Konkurseröffnung augenblicklich entlassen oder lediglich auf den Gemeinschuldner verwiesen zu werden. Aus diesem Verhältnis können aber nur die im Dienst stehenden Personen Ansprüche ableiten. Wenn der Konkursverwalter sich mit denselben über eine frühere Aufhebung des Dienstverhältnisses oder über deren Verwendung im Erwerbsgeschäfte u. s. w. einigt, kann sonach nicht der Gemeinschuldner hiegegen Einspruch erheben und verlangen, dass dieselben in seinem Haushalte Dienste leisten.

Wird das Dienstverhältnis vor Ablauf der bedungenen Zeit aufgehoben, so können die desfallsigen Entschädigungsansprüche auch hier im Konkursverfahren (als Konkursforderungen) geltend gemacht werden.

§ 20.

Soweit rücksichtlich einzelner, durch die §§ 16—19 nicht betroffener Rechtsverhältnisse die Reichsgesetze oder die Landes-

[1]) A. M. ausser v. Sarwey, Wengler und Fuchs a. a. O.; Meisner S. 95.

gesetze besondere Bestimmungen über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens enthalten, kommen diese zur Anwendung.
(E. § 20; M. S. 84 ff.; K. S. 19. 153 ff., 202; pr. K.-O. § 20).

1) Ausser den durch die §§ 16—19 betroffenen Vertragsarten giebt es noch andere zweiseitige Verträge, bezüglich deren das bürgerliche Recht die Einwirkung der Konkurseröffnung über das Vermögen eines der Vertragschliessenden besonders geregelt hat. Ein Eingriff in diese landesgesetzlichen Vorschriften wurde für ungerechtfertigt gehalten, weil anzunehmen sei, der Grund der besonderen Vorschriften liege in der Eigentümlichkeit der einzelnen Vertragsarten und dieselben seien mit dem Wesen des Konkurses nicht unvereinbar. Als Beispiele wurden in den Motiven (S. 84, 85) angeführt: a. die Gesellschaftsverträge mit den Bestimmungen der l. 65 § 1 D. pro socio 17. 2., des sächsichen b. G.-B. (Art. 1385), des Code civil (Art. 1865 Nr. 4) und des deutschen Handelsgesetzbuches (Art. 123 Nr. 3, 170 Abs. 2, 200, 261 Nr. 3); b. die Seeversicherung mit Art. 903 H.-G.-B.; c. das Rechtsverhältnis zwischen dem Lehrherrn und Lehrling mit § 123 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (B. G.-Bl. S. 245 ff.); d. die Werkverdingung mit § 975 I. 11 des allgemeinen preussischen Landrechts — die §§ 977 und 978 ib. sollen nicht hierher gehören; d. der Trödelvertrag mit §§ 520 und 521 I. 11 des allgemeinen preussischen Landrechtes.

2) Darüber, dass sich § 20 bloss auf zweiseitige Verträge beziehe, war man in der Reichstagskommission einig, nicht aber bezüglich der Frage, ob die mit § 15 in Widerspruch stehenden landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten werden sollten. Nachdem ein zu § 20 gestellter Antrag v. Sarweys abgelehnt worden war, wurde bei Beratung über § 4 E.-G. auf Antrag von Goldschmidt beschlossen, im Protokoll als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter zu konstatieren: „Diese Fassung werde gewählt, um die Reichs- und namentlich die landesgesetzlichen Sondervorschriften angesichts des § 4 des Einführungsgesetzes auch in Bezug auf Rechtsverhältnisse zu wahren, welche an sich unter die allgemeine Vorschrift des § 15 nicht fallen würden, also in Bezug auf andere als zweiseitige Verträge und andere als eigentliche Vertragsverhältnisse. Dagegen verbleibe es dabei:

a. Dass nur solche Vorschriften gewahrt würden, welche nicht die Wirkung der Konkurseröffnung auf Rechtsgeschäfte im allgemeinen festsetzen oder als Ausfluss solcher allgemeiner Bestimmungen diese auf einzelne Rechtsgeschäfte lediglich anwenden, sondern welche, mit Rücksicht auf die besondere Natur gewisser Rechtsverhältnisse, lediglich für diese, unabhängig von jenen allgemeinen Bestimmungen, getroffen sind;

b. dass diese Vorschriften nur insoweit gewahrt werden sollen, als sie die Frage der Erfüllung des Vertrages oder der Beendigung des Verhältnisses, nicht insoweit sie eine Rückforderung des bereits Geleisteten aus der Konkursmasse betreffen. In letzterer Beziehung kommen vielmehr die Vorschriften des § 21 bezw. der §§ 35—38 zur ausschliesslichen Anwendung.“ (K. S. 202.)

3) Die Vorschrift des § 20 bezieht sich nicht auf die Bestimmung der §§ 16 bis 19, diese enthalten vielmehr „zwingendes Recht“ und die hier einschlagenden Landesgesetze werden sämtlich beseitigt (K. S. 156), wie nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Gesetzes unzweifelhaft ist. Es muss sonach angenommen werden:

a. dass die landesgesetzlichen Vorschriften, welche sich nicht auf zweiseitige Verträge beziehen, weder durch § 15, noch durch § 4 des Einführungsgesetzes berührt werden;

b. dass ebenso die Wirksamkeit des § 21 bezw. der §§ 35—38 durch den im § gemachten Vorbehalt nicht beeinträchtigt wird, dieser sich vielmehr nur auf die Vorschrift des § 15 (über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte bezw. Verbindlichkeiten) bezieht;

c. dass endlich die landesgesetzlichen Vorschriften, welche bezüglich zweiseitiger Verträge etwas anderes als § 15 bestimmen, nicht schon dann in Kraft bleiben, wenn sie

der Form nach eine besondere Bestimmung für den Fall des Konkurses enthalten, sondern nur, wenn sie als „besondere“ Vorschriften in dem oben dargelegten Sinne anzusehen sind.

4) Welche Vorschriften der Landesgesetze nach § 20 in Kraft bleiben, ist nach deren besonderem Charakter zu bestimmen und kann hier nicht näher erörtert werden. Die in den Motiven (v. Bem. 1) angeführten Beispiele, bezüglich deren auch in den Verhandlungen der Reichstagskommission kein Widerspruch erhoben wurde, sind als zutreffend anzusehen. Insbesondere gilt dies von den Vorschriften über die Beendigung der Gesellschaft. Andere Beispiele, welche in der Reichstagskommission angeführt wurden, sind bei Erläuterung des folgenden § zu erörtern.

§ 21.

Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.

(E. § 21; M. S. 86 ff.; K. S. 19 ff.; pr. K.-O. §§ 15. 16. 216).

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Wenn die Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung eines Vertrages veranlasst, so entsteht die Frage, was an die Stelle des vertragsmässigen Anspruchs tritt. Diese Frage beantwortet § 16 für den Fall des Fixgeschäftes, während die allgemein für alle übrigen Rechtsverhältnisse geltende Regel hier gegeben wird. Bei Aufstellung derselben waren zu unterscheiden die Fälle, in denen zufolge des dem Verwalter eingeräumten Wahlrechtes die Nichterfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit eintritt (§§ 15 und 18) und diejenigen, in denen nach besonderen Vorschriften des Gesetzes ein bestimmtes Rechtsverhältnis zufolge der Konkurseröffnung aufgehoben wird. Sowohl für den einen als für den anderen Fall wird durch § 21 der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründete Anspruch des anderen Teils auf Entschädigung gewahrt. Dagegen soll derselbe nur dann berechtigt sein, die Gegenstände, welche auf Grund des Vertrages in den Besitz des Gemeinschuldners bezw. Verwalters gelangt sind, zurückzufordern, wenn dieselben noch nicht in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen sind, sofern ihm also ein Aussonderungsrecht (§§ 35 ff.) zusteht.

2) Die letztere Vorschrift wurde in den Motiven (S. 86 und 87) ausführlich begründet und geltend gemacht, die Zurückforderung der in das Eigentum des Gemeinschuldners gelangten Gegenstände würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Vertrag zufolge der Konkurseröffnung als nicht geschlossen oder als aufgehoben zu erachten sein würde, eine solche Auffassung sei aber weder mit Rücksicht auf die Veränderung der Umstände oder auf einen Verzug, noch mit Rücksicht auf eine Unmöglichkeit der Erfüllung, die nicht vorliege, begründet. Vielmehr ändere sich bloss die Art der Erfüllung, und die Nichterfüllung des Vertrages, welche darin liege, könne eine Auflösung desselben nicht herbeiführen. Dies wurde unter Berufung auf das gemeine Recht und das preussische A. L.-R. weiter ausgeführt. Bezüglich des französischen Rechtes, in welchem der entgegengesetzte Grundsatz

gilt, nämtlich alle zweiseitigen Verträge für den Fall, dass der eine Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, aufgelöst werden können, (Art. 1184, 1610 und 1654 C. c.) wurde bemerkt, dass diese Bestimmungen sich für den Handelsverkehr und das Falliment als unhaltbar erwiesen hätten, und deshalb Art. 550 des Fallimentsgesetzes von 1838 das Vorrecht des Art. 2102 Nr. 4 aufgehoben habe. Dass das „in seiner Anwendung durchlöcherte" Prinzip des französischen Rechtes für das Konkursrecht nicht zugelassen werden könne, wurde ausführlich dargelegt, insbesondere geltend gemacht, dass es gegen den Grundsatz der Gleichstellung aller persönlichen Gläubiger verstosse, die Gläubiger aus zweiseitigen Verträgen in dieser Weise zu bevorzugen, während andere Gläubiger, namentlich die Darlehensgläubiger, ob sie Geld oder andere vertretbare Sachen gegeben hätten, immer nur soviel Geld erhielten, als die Konkursmasse biete. (M. S. 89 und 90.)

3) Unter die Vorschrift des § fallen ausser den bei § 15 erörterten Fällen, in welchen sich der Konkursverwalter für die Nichterfüllung eines Vertrags entscheidet, auch diejenigen Fälle, in welchen (nach §§ 17—19) ein Miet- oder Dienstverhältnis durch Aufkündigung oder ein Verhältnis der ersteren Art durch Verkauf vor Ablauf der vertragsmässig bedungenen Zeit aufgehoben wird. Bis zur Beendigung des Verhältnisses bleibt der Vertrag in voller Geltung; es kann deshalb von Rückerstattung der bis dahin bezogenen Früchte oder des bis dahin gezahlten Preises keine Rede sein. Wegen der vorzeitigen Aufhebung kann aber der dadurch verletzte Teil Entschädigung beanspruchen. Ein solcher Anspruch besteht auch dann, wenn auf Grund der durch § 20 aufrechterhaltenen besonderen Bestimmungen eine vorzeitige Aufhebung des betr. Rechtsverhältnisses, z. B. des Gesellschaftsverhältnisses, herbeigeführt wurde. (M. S. 92 und 93.)

II. Rückgabe der Leistung.

1) Von den im § enthaltenen Vorschriften, welche durch den in § 20 gemachten Vorbehalt nicht berührt werden (Bem. II. 1 zu § 20), vielmehr überall durchgreifen, ist die wichtigste diejenige, nach welcher, wenn die Konkurseröffnung die Nichterfüllung einer dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses desselben zur Folge hat, der andere Teil nicht berechtigt ist, die Rückgabe der Gegenstände zu verlangen, welche zufolge der von ihm bewirkten Leistung in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen sind. Der Sinn dieser Vorschrift ist nach obigen Erörterungen klar. Steht dem anderen Teil, sei es weil er Eigentümer der in den Besitz des Gemeinschuldners gelangten Sachen verblieben ist, sei es aus anderem Grunde, ein Aussonderungsrecht zu, so kann er dasselbe nach Massgabe der §§ 35 ff. geltend machen. Ist das Eigentum an dem in Frage stehenden Gegenstand aber auf den Gemeinschuldner übergegangen und das Aussonderungsbegehren auch nicht nach § 36 begründet, so kann der etwa nach bürgerlichem Rechte begründete Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht dem Konkursverwalter gegenüber geltend gemacht werden. Vielmehr verwandelt sich dieser Anspruch zufolge der Konkurseröffnung in eine Geldforderung. (M. S. 89.)

2) Für das gemeine Recht und alle Gesetzgebungen, nach welchen der Eigentumsübergang nicht durch den Vertrag, sondern nur durch Besitzübertragung bewirkt wird, kommt es darauf an, ob eine rechtswirksame Besitzübertragung und demgemäss ein Eigentumsübergang erfolgte. Ist dies der Fall, so findet § 21 Anwendung. Der Umstand, dass die causa traditionis angefochten werden und daraus ein Anspruch auf die Rückgabe der Sache abgeleitet werden kann, ist nicht geeignet, diese Anwendung auszuschliessen. Nur der dingliche Anspruch, nicht die persönliche Klage, welche eine Rückgängigmachung der erfolgten Eigentumsübertragung zur Folge haben kann, bleibt nach § 21 bestehen.

Von tief eingreifender Bedeutung ist die Vorschrift des § für die Länder, in denen französisches Recht gilt. Auch für diese Gebiete behalten zwar die Art. 1184 und 1656 C. c., nach welchen die Nichterfüllung durch einen Vertragschliessenden das Recht

begründet, die Auflösung des Vertrags zu verlangen, insoweit ihre Kraft, als nicht das Konkursrecht eingreift. Da aber nach französischem Rechte der Eigentumsübergang durch blossen Vertrag bewirkt wird, sofern nichts anderes bedungen ist, kann der Gläubiger, dem nach obigen Vorschriften das Recht zusteht, die Auflösung des Vertrags und folgeweise die Rückgabe der dem Gemeinschuldner übertragenen Sache zu verlangen, von dieser Befugnis dem Konkursverwalter gegenüber keinen Gebrauch machen und auf die Art. 1184 und 1656 C. c., die, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, ihre Kraft verloren haben, ein Aussonderungsrecht nicht stützen. Er kann vielmehr nach § 21, wenn ihm nicht ein Absonderungsrecht zusteht, wegen der infolge der Konkurseröffnung eintretenden Nichterfüllung im Konkursverfahren lediglich eine Forderung (einen Entschädigungsanspruch) als Konkursgläubiger geltend machen. Die von ihm geleistete Sache, welche in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist, sonach einen Bestandteil der Konkursmasse bildet, hat nach der bestimmten Vorschrift des § in dieser Masse zu verbleiben.[1]) Streng genommen hat die Konkurseröffnung allerdings nicht die Folge, dass die Verpflichtung des Gemeinschuldners nicht erfüllt wird, da der Gläubiger wegen seiner Forderung ebenso wie die übrigen Gläubiger durch Zahlung der Dividende diejenige Befriedigung erhält, welche im Konkursverfahren überhaupt erfolgt. Aber diese Veränderung, welche zufolge des Konkursverfahrens bezüglich der Erfüllung der Verbindlichkeit eintritt, bezeichnet § 21 als „Nichterfüllung". War der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung mit Zahlung des von ihm geschuldeten Kaufpreises im Verzug, so kann daher, selbst wenn der Gläubiger schon früher die Auflösungsklage erhoben hatte, nicht geltend gemacht werden, die „Nichterfüllung" sei nicht Folge der Konkurseröffnung, sondern der schon vor derselben eingetretenen Zahlungsunfähigkeit. Der Konkursverwalter ist an sich verpflichtet, die dem Gemeinschuldner obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, und könnte durch die Erfüllung die Auflösung des Vertrages ohne weiteres abwenden. Auch kann er sehr wohl in der Lage sein, den Kaufpreis zu bezahlen. Aber er braucht den Verkäufer, wie alle übrigen Gläubiger, in Gemässheit der Vorschriften der Konkursordnung nur durch Zahlung der Dividende zu befriedigen, und auf diese vom Gesetz als Nichterfüllung bezeichnete Art der Befriedigung bezieht sich die Vorschrift des §, durch welche dem Verkäufer das Recht entzogen wird, vom Konkursverwalter die Rückgabe der von ihm geleisteten Gegenstände zu verlangen. In den Motiven zu § 21 wurde zwar bemerkt, durch denselben solle das auf einem vor der Konkurseröffnung eingetretenen Verzug beruhende Recht zum Rücktritt nicht beseitigt werden. Aber abgesehen davon, dass diese Äusserung im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat, kann aus derselben für das rheinische Recht nichts gefolgert werden, da nach den Art. 1184 und und 1654 des C. c. der Vertrag durch die Nichterfüllung nicht von Rechts wegen aufgelöst wird, der Käufer vielmehr bis zu dem die Auflösung aussprechenden Urteil, ja selbst in der Berufungsinstanz durch die Erfüllung des Vertrages die Auflösung abwenden kann. Auch in solchen Fällen ist sonach die „Nichterfüllung" infolge der Konkurseröffnung eingetreten. Nur wenn das die Auflösung aussprechende Urteil schon vor der Konkurseröffnung rechtskräftig war, ist folglich die Anwendung des § 21 ausgeschlossen.[2])

3) Damit die Rückforderung der hingegebenen Sache unstatthaft ist, wird vorausgesetzt, dass dieselbe in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist; § 21 kann

[1]) V. hiezu: Meisner S. 102, 104; Stieglitz S. 115 Anm. d; v. Völderndorff Bd. I. S. 295; v. Wilmowski S. 113 Nr. 3 a. E.; Fitting S. 52 § 6 Anm. 38; die Abh. von Petersen und v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12. S. 293 ff. und 366 ff.; Scherer, das rhein. Recht und die Reichsgesetzgebung S. 166 ff.; ferner R.-G. (II.) 18. März 1887, Entsch. Bd. XVII. S. 78 ff.; bayer. oberstes Landesgericht 19. Mai 1884, Sammlung Bd. X. S. 444; O.-L.-G. Zweibrücken 12. Okt 1880 und 13. Febr. 1884; Puchelts Zeitschr. Bd. 12 S. 634 ff., Bd. 15 S. 640 ff.; O.-L.-G. Köln 19. März 1881, rhein. Arch. Bd. 72 Abt. II. S. 18 ff.

[2]) V. R.-G. (II.) 18. März 1887, Entsch. Bd. XVII. S. 78 ff.

deshalb keine Anwendung finden, wenn der Eigentumsübergang nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes nicht in gültiger Weise stattgefunden hat oder ohne Rücksicht auf die Konkurseröffnung so anzusehen ist, als ob er nicht stattgefunden habe. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (S. 91) bemerkt: „Es soll keineswegs ein auf einem anderen Grunde beruhendes Recht des Kontrahenten oder des Verwalters zum Rücktritt von dem Vertrage oder zur Rückforderung des Gegebenen beseitigt sein — beruhe dieses Recht auf einem dem Vertrage beigefügten Abkommen, einem pactum reservati dominii, oder einer clausula cassatoria oder beruhe es auf einem Verzuge, welchen sich schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner, oder nach der Eröffnung der Verwalter, falls von ihm die Erfüllung begehrt worden, hat zu schulden kommen lassen. — Nur die Konkurseröffnung und die infolge deren eintretende Nichterfüllung soll kein gesetzlicher Aufhebungsgrund sein.“ War demnach die Eigentumsübertragung in wirksamer Weise auflösend bedingt, und ist die auflösende Bedingung schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten, so dass im Augenblick der Konkurseröffnung die Sache sich nicht mehr im Eigentum des Gemeinschuldners befand, so kann ein Aussonderungsanspruch geltend gemacht werden. Insbesondere darf man nach rheinischem Rechte die Rückgabe der betr. Sache dann verlangen, wenn der Vertrag selbst als ungültig angefochten und die der Rückforderung entgegengehaltene Einwendung, das Eigentum sei durch den Vertrag übergegangen, durch die Berufung auf dessen Ungültigkeit beseitigt werden kann. Ist die Auflösung des Vertrages auf Grund der dem Vertrag beigefügten auflösenden Bedingung nicht schon vor der Konkurseröffnung eingetreten, so lässt sich auch nach rheinischem Rechte dem Konkursverwalter gegenüber nicht geltend machen, dass der Vertrag wegen Nichterfüllung als aufgelöst zu betrachten sei. Wenn der Verzug erst nach der Konkurseröffnung eingetreten ist, kann hierüber ein Zweifel nicht bestehen. Die Nichterfüllung ist dann nach den obigen Ausführungen lediglich als Folge der Konkurseröffnung anzusehen. Aber auch wenn der Gemeinschuldner sich bereits vorher im Verzug befand, liegt die Sache nicht anders, da der Konkursverwalter rechtlich und thatsächlich in der Lage war, die Verbindlichkeit zu erfüllen und dadurch die Auflösung des Vertrages abzuwenden, es sich sonach lediglich um eine infolge der Konkurseröffnung eintretende „Nichterfüllung“ handelt. Soweit Art. 1656 des C. c. in Betracht kommt, ist hiernach ein Aussonderungsanspruch nur dann begründet, wenn die in dieser Vorschrift vorgesehene Aufforderung vor Eröffnung des Konkursverfahrens zugestellt worden und dadurch die Auflösung herbeigeführt worden ist. Da das Gesetz zwischen der gerichtlichen und der vertragsmässigen Auflösung einen Unterschied nicht macht, kommt es immer nur darauf an, ob der Verkäufer vor der Konkurseröffnung wieder Eigentümer geworden ist. Dasselbe gilt von dem Auflösungsrecht auf Grund des Vorbehalts der Versteigerung nach Art. 202 des bayerischen A.-G. zur C.-P.-O.[1]) Ist dem Vertrag in wirksamer Weise ein aufschiebender Eigentumsvorbehalt beigefügt worden, so liegen die Voraussetzungen des § 21 nicht vor und ist der Aussonderungsanspruch nach § 35 der Konkursordnung begründet.

III. Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung.

1) Nach § 21 kann derjenige, der mit dem Gemeinschuldner einen Vertrag abgeschlossen hat, in allen Fällen, in welchen die demselben obliegende vertragsmässige Verbindlichkeit infolge der Konkurseröffnung entweder gar nicht oder in anderer Weise, als es dem Vertrag entspricht, erfüllt wird, Ersatz des dadurch verursachten Schadens verlangen. Ein solcher Entschädigungsanspruch kann sich, wie bereits früher (Bem. I. 3) bemerkt

[1]) V. v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12. S. 366 bes. S. 369; Scherer a. a. O. S. 166, 167; bayer. oberstes Landesg. 29. Mai 1884, Sammlung Bd. X. S. 444 ff., O.-L.-G. Zweibrücken 13. Febr. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 15 S. 640 ff.

wurde, dann ergeben, wenn der Verwalter von dem Wahlrecht, welches ihm die §§ 15 und 17—19 einräumen, in der Weise Gebrauch macht, dass er sich für die Nichterfüllung entscheidet, oder wenn er auf Grund des § 17 oder § 19 eine Veräusserung der verpachteten oder vermieteten Sache vornimmt und dadurch eine vorzeitige Beendigung des Pacht- oder Mietverhältnisses herbeiführt. Dagegen ist ein derartiger Anspruch, wie aus der Natur der Sache hervorgeht und auch in den Motiven (S. 92) hervorgehoben wurde, nicht gerechtfertigt, wenn der andere Teil gekündigt und sich daher einen etwaigen Nachteil selbst zugefügt hat. Auch in den Fällen, auf welche § 20 Anwendung findet, kann ein Entschädigungsanspruch begründet sein, da die Aufhebung des betr. Rechtsverhältnisses, wenn sie auch auf Grund einer ausserhalb der Konkursordnung liegenden Bestimmung eintritt, immerhin als Folge der Konkurseröffnung anzusehen ist. Ebenso kann sich ein solcher Anspruch daraus ergeben, dass das Konkursverfahren der Erfüllung oder Festsetzung einseitiger Verträge, auf welche die §§ 15 ff. keine Anwendung finden (Bem. I. 2 zu § 15 und Bem. zu § 20), Schranken setzt. (M. S. 93.) Damit ein Entschädigungsanspruch dem Konkursverwalter gegenüber geltend gemacht werden kann, wird übrigens keineswegs vorausgesetzt, dass die Erfüllung der in Frage stehenden Verbindlichkeit durch den Verwalter überhaupt möglich ist. Vielmehr kann auch wegen der Nichterfüllung solcher Verträge, deren Erfüllung an die Person des Gemeinschuldners gebunden ist, Entschädigung aus der Masse gefordert werden. Auch dies wurde in den Motiven (S. 93) anerkannt.

2) Dass ein Entschädigungsanspruch der fraglichen Art nur eine Konkursforderung (§ 1) bildet und deshalb nur in der in den §§ 54 ff. angegebenen Weise berücksichtigt werden kann, ist in § 21 ausdrücklich gesagt. Diese Bestimmung hat darin ihren Grund, dass das Rechtsverhältnis durch den Konkurs nicht aufgehoben wird und der Entschädigungsanspruch an Stelle der vertragsmässigen Forderung tritt. Der Berechtigte kann hienach keine andere Stellung im Konkursverfahren einnehmen wie jeder sonstige Gläubiger, dessen Forderung in einer vor der Konkurseröffnung liegenden Thatsache ihren Grund hat. Ein zugunsten der Forderung bestehendes Absonderungsrecht wird eben darum durch die Änderung nicht berührt. (M. S. 93.) Es kann hienach eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung nicht etwa, weil dieselbe aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstanden sei oder eine rechtlose Bereicherung der Masse vorliege (§ 52 Z. 1 u. 3) als Masseanspruch geltend gemacht werden. (Vergl. Bem. III. 1 zu § 52.)

3) Bezüglich des Umfangs der Entschädigungsforderung hatte § 21 der preussischen Konkursordnung bestimmt: „Bei Beurteilung dieser Entschädigungsansprüche ist die Annahme zum Grund zu legen, dass die Nichterfüllung durch eine Veränderung der Umstände hervorgerufen ist, welche sich in der Person des Gemeinschuldners ereignet hat.“ Diese Bestimmung, nach welcher in Anwendung des von § 381 I. 5 des pr. A. L.-R. aufgestellten Grundsatzes „derjenige Kontrahent, in dessen Person die Veränderung sich ergiebt, welche die Veranlassung ist, dass seinerseits der Vertrag aufgehoben wird, den anderen Kontrahenten „vollständig“ entschädigen, d. h. ihm nicht bloss den entgangenen Gewinn ersetzen muss“ (M. S. 94), wurde aber nicht in die Konkursordnung aufgenommen, weil sie zwar im allgemeinen der Sachlage entspreche, aber auf der Geltung des erwähnten, im preussischen Rechte aufgestellten, Grundsatzes beruhe und auf die übrigen Rechtsordnungen nicht unbedingt Anwendung finden könne. Die Beurteilung der Höhe des Schadenanspruches muss hienach aus der Natur des einzelnen Falles und den Regeln des bürgerlichen Rechtes geschöpft werden. (M. S. 94.)[1]) Soweit der Schaden durch das bürgerliche Recht nicht in solcher Weise bestimmt ist (v. Gew.-O. § 133, C. c. Art. 1744, 1747), hat das Gericht gemäss § 260 C.-P.-O. nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft.

1) V. R.-G. (V.) 9. Febr. 1884, Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 1175; O.-L.-G. Kolmar 15. Jan. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 126; Buschs Zeitschr. Bd. VII. S. 117.

Bezüglich der dem Verpächter zustehenden Entschädigungsansprüche wurde in der Reichstagskommission von Frankenburger das Bedenken angeregt, die Motive (S. 78) könnten dahin aufgefasst werden, dass nur die im Vertrage ausdrücklich ausbedungenen Entschädigungsansprüche gemeint seien. Dieses Bedenken wurde aber von Hagens durch die Erklärung beseitigt: „Es solle jede nach dem Civilrecht begründete Entschädigungsforderung, nicht bloss die im Kontrakt vorgesehene und fixierte, zugelassen werden.“ (K. S. 19.)

IV. Besondere Bemerkungen zu einzelnen Fällen.

1) Durch § 977 I. 11 des pr. A. L.-R. wird dem Besteller eines Werkes für den Fall des Konkurses über das Vermögen des Werkmeisters das Recht verliehen, aus der Masse die Materialien herauszunehmen, welche der Werkmeister mit seinen — des Bestellers — Vorschüssen angeschafft und bezahlt hat. Diese Vorschrift ist aber durch § 21 insofern aufgehoben, als der Besteller nicht die Herausgabe der in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Materialien, sondern lediglich Entschädigung verlangen kann. (M. S. 85.)[1]

2) Bezüglich der Vorschrift des Art. 2102 Nr. 4 C. c., nach welcher der Verkäufer von beweglichen, noch nicht bezahlten Sachen berechtigt ist, deren Herausgabe zu verlangen („revendiquer les effets“), wenn dieses Verlangen innerhalb 8 Tagen nach der Übergabe erfolgt und sich die Sachen noch in demselben Zustande wie zur Zeit der Übergabe befinden, wurde in den Beratungen der Reichstagskommission die Frage erörtert, in welchem Verhältnis dieselbe zu § 20 der Konkursordnung stehe und ob die Herausgabe auf Grund dieser Bestimmung ungeachtet der Vorschrift des § 21 verlangt werden könne. Während von Sarwey in seiner oben angeführten Schrift (S. 60 ff.) von der Voraussetzung ausging, dass diese Vorschrift durch § 20 der Konkursordnung aufrecht erhalten werden solle, und daraus Veranlassung nahm, diesen § zu bekämpfen, bemerkte Regierungsrat Hagens bei den Kommissionsberatungen: „Was den § 2102 Nr. 4 Code civil betreffe, so falle derselbe weder unter den § 20 noch unter den § 15 des Entwurfs. Art. 2102 enthalte keine Sondervorschrift für den Konkurs — er sei durch das französische Fallimentsgesetz von 1838 (Art. 550) gerade für den Konkurs ausser Kraft gesetzt; ebensowenig enthalte er eine Sondervorschrift für die Erfüllung eines Kaufs, vielmehr eine Konsequenz der allgemeinen Vorschrift des Code, dass die Nichterfüllung eines Vertrags dessen Aufhebung herbeiführe (Art. 550, 1184, 1654). Der Art. 2102 falle unter § 21 des Entwurfs. Wenn man annehme, dass das Eigentum schon auf den kaufenden Gemeinschuldner übergegangen sei, so werde Art. 2102 Nr. 4 durch § 21 beseitigt, habe aber Art. 2102 Nr. 4 die Bedeutung, dass der Käufer noch vindizieren könne, so finde § 15 Anwendung, d. h. der Verwalter könne dann gegen Zahlung des Preises die Sache behalten.“ (K. S. 157 und 158.) Nach dieser vollkommen zutreffenden Ausführung, welche in der Kommission keinerlei Widerspruch erfuhr und der auch heute von allen Seiten zugestimmt wird,[2]) handelt es sich hier nur um die Frage, ob dem Verkäufer nach Art. 2102 eine dingliche Klage (Vindikation) zusteht, oder ob er bloss einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe der Sache hat, welcher sich nach § 21 in einen Entschädigungsanspruch verwandelt. Nach den Grundsätzen des französischen Rechtes ist die Frage im letzteren Sinne zu entscheiden. Durch den Kauf ist das Eigentum an den verkauften Gegenständen auf den Käufer übergegangen, und es steht dem Verkäufer im allgemeinen nur eine Forderung auf Bezahlung des Kaufpreises zu, der allerdings ein Vorzugsrecht zur Seite steht. Die „revendication“, welche der Verkäufer, falls er „sans terme“ verkauft hat, innerhalb acht Tagen vornehmen kann, dient nicht dazu, die

[1]) V. v. Sarwey S. 108 a. E.; v. Völderndorff Bd. I. S. 296 Anm. 8; v. Wilmowski S. 113 a. E.; Willenbücher S. 43 lit. a; Eccius Bd. II. S. 280 § 138 Anm. 117.

[2]) V. v. Sarwey S. 109, 119; Hullmann S. 120 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 289; v. Wilmowski S. 114; Meisner S. 104.

Auflösung des Vertrages herbeizuführen, und hat ebensowenig in einer von Rechts wegen eingetretenen Auflösung oder Aufhebung des Vertrages ihren Grund, wie von einigen Schriftstellern behauptet wird, sondern hat nur den Zweck, dem Verkäufer wieder den Besitz der Sache zu verschaffen und die Ausübung des durch Art. 1612 eingeräumten Zurückbehaltungsrechtes zu ermöglichen. Es steht fest, dass die Vorschrift des Art. 2102 Nr. 4 dem älteren Recht entnommen ist, in welchem der Grundsatz des römischen Rechtes Geltung erlangt hatte, dass das Eigentum, sofern der Kaufpreis nicht gestundet wurde, erst mit dessen Bezahlung auf den Käufer übergehe. (Pothier, vente Nr. 323 ff. und 476, Cout. de Paris, Art. 176.) Im älteren Rechte war die Klage natürlich eine dingliche, da dem Verkäufer das Eigentum verblieben war; derselbe verlangte als Eigentümer den Besitz der Sache zurück. Von einer Auflösung des Vertrages war keine Rede; vielmehr war das Recht der Rückforderung demselben, wie es in der Cout. de Paris heisst, nur gegeben, „pour être payé du prix, qu'il a vendu." Derselbe Zweck wird auch heute verfolgt, doch ist die Klage, da der Verkäufer nicht mehr Eigentümer ist, keine dingliche mehr. Der Ausdruck „revendication", der aus dem älteren Recht herübergenommen wurde, entscheidet nichts. Übrigens kommt derselbe auch in Art. 2102 Nr. 1 vor, wo es sich unzweifelhaft nur darum handelt, den Besitz und die Sicherheit für die bevorzugte Forderung zu erhalten. Die Zurückforderung erfolgt in beiden Fällen jure pignoris, nicht jure dominii.[1])

Dritter Titel.

Anfechtung.

(§§ 22—34.)

Vorbemerkungen.

1) Da der Gemeinschuldner nach § 5 erst mit der Konkurseröffnung die Befugnis verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen, sind die vor derselben von ihm vorgenommenen Rechtshandlungen an sich gültig, und es bedarf einer besonderen Anfechtung, damit sie als unwirksam erklärt werden können. Die Notwendigkeit von besonderen Vorschriften über die Anfechtbarkeit derartiger Handlungen wurde in den Motiven (S. 94 u. 95) durch die Erfahrung gerechtfertigt, dass Schuldner, die sich in bedrängter Lage befinden, häufig ihr Vermögen verschleudern oder in willkürlicher Weise verteilen oder beiseite schaffen und so dem Befriedigungsverfahren seine Grundlage, die Befriedigungsmasse, entziehen oder schmälern. Solchen Handlungen gegenüber sollte darauf hingewirkt werden, dass unrechtmässig entzogene Vermögensstücke der Masse wieder zugeführt würden. Da diesem Bedürfnis gegenüber eine Beschränkung des Anfechtungsrechtes auf Vorschriften bezüglich des kaufmännischen Verkehrs nicht genügt hätte, wurde das Anfechtungsrecht einheitlich und vollständig geregelt. (M. S. 95.)

2) Bei der Aufstellung des Entwurfes kamen hauptsächlich drei Rechtsordnungen in Betracht, nämlich:

a. Die auch einer Reihe von deutschen Gesetzgebungen zu Grund liegende Einrichtung

[1]) Obige Ansicht, die zuerst von Bugnet, dem Herausgeber Pothiers, und dann von Vuatrin aufgestellt wurde, ist jetzt die herrschende und wird von fast allen neueren Schriftstellern geteilt, V. Zachariä-Dreyer § 261 Bd. II. S. 129; Paul Pont, hyp. et priv. Art. 2102 Nr. XII. Bd. I. S. 135 ff.; Aubry et Rau § 356 Nr. 4 Bd. IV. S. 406; Valette, hypoth. et privilèges I. Nr. 90; Laurent Bd. XXIX. Nr. 494 ff. S. 525 ff.; Demolombe Bd. XXV. S. 502; Mourlon, Répét. écrites Bd. III. S. 575 ff. A. M. ist Troplong, hyp. et privilèges Nr. 187 und ff. Bd. I. S. 241 ff., der die von Bugnet aufgestellte Theorie noch nicht kannte.

des gemeinen Rechtes, nach welcher die Verfügungsunfähigkeit des Gemeinschuldners erst mit der Konkurseröffnung eintrat und die Anfechtung einer vor derselben vorgenommenen Handlung lediglich mittelst der actio Pauliana erfolgte, ohne Nachweis einer Absicht oder eines Bewusstseins des Schuldners, seine Gläubiger zu verkürzen, und, soweit nicht eine Freigebigkeit vorlag, ohne gleichzeitige Teilnahme des anderen an dem Betruge eine Veräusserung aber auch dann nicht anfechtbar war, wenn zur Zeit derselben der Gemeinschuldner schon in Vermögensunzulänglichkeit oder Zahlungsunfähigkeit sich befunden oder seine Zahlungen eingestellt hatte;

b. das ältere französische Recht (Code de Commerce Art. 437 ff.), nach welchem der Fallimentszustand mit dem Tage der Zahlungseinstellung begann und diese den Verlust des Verfügungsrechtes herbeiführte, eine Reihe von Rechtshandlungen aber unwirksam waren, wenn sie in den der Zahlungseinstellung vorhergehenden 10 Tagen vorgenommen worden sind, und bei allen „seinen Handel betreffenden Rechtsgeschäften", die innerhalb dieser 10 Tage erfolgten, eine betrügerische Absicht des Schuldners vermutet wurde;

c. das neuere französische Recht (Fallimentsgesetz von 1838 Art. 443 ff.), nach welchem zwar die Verfügungsunfähigkeit des Falliten erst mit der Fallimentserklärung eintritt, jedoch alle vor dieser aber nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Zahlungen und Rechtsgeschäfte für ungültig erklärt werden können, „si de la part de ceux, qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses payements" (Art. 447), und ausserdem verschiedene Handlungen (namentlich Veräusserungen, vorzeitige Zahlungen u. s. w.) unter allen Umständen ungültig sind, wenn sie nicht früher als 10 Tage vor der Zahlungseinstellung vorgenommen wurden.

Bezüglich des gemeinen Rechtes wurde in den Motiven (S. 100 ff.) geltend gemacht, zufolge des Grundsatzes, dass die Zahlungsunfähigkeit für sich allein ohne damit zusammentreffenden Betrug die Wirksamkeit der Verfügungen des Gemeinschuldners nicht beeinträchtige, hätten sich alle Versuche, die Masse gegen einzelne Handlungen des Schuldners, durch welche sie ausgeplündert werde, zu schützen, als unzulänglich erwiesen. Dagegen wurde dem älteren französischen Rechte, mit dem die Vorschriften des älteren englischen Rechtes übereinstimmten, der Vorwurf gemacht, dass es gegen die Personen, die mit dem Gemeinschuldner Verträge abschlossen bezw. Zahlungen an ihn machten, zu hart sei, und den guten Glauben derselben nicht, wie es geboten wäre, berücksichtige. Desshalb entschied man sich, soweit es sich um die Anfechtungsgründe handelt, im allgemeinen für das neuere französische Recht, das auch dem neueren englischen Recht und der preussischen Konkursordnung (§ 100 ff.) zum Vorbild gedient hat, und dessen Vorschriften die der bayerischen Pr.-O. (Art. 1222 ff.) entsprachen.

Die Konkursordnung lässt die Anfechtung der vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen zu, wenn durch dieselben eine Verringerung der Masse und hiedurch eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Konkursgläubiger herbeigeführt wurde. Diese Benachteiligung braucht jedoch nicht notwendig auf einem unredlichen Verhalten zu beruhen. (V. § 22 Bem. III. 1.) Dass zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlungen Zahlungsunfähigkeit vorhanden war, wird nicht vorausgesetzt,[1]) ebensowenig, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Rechtshandlung und dem nachträglichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit nachgewiesen werden kann.[2])

3) Im einzelnen enthält Titel III folgende Bestimmungen: Nachdem im § 22 das Anfechtungsrecht im allgemeinen geregelt ist, werden in den § 23—25 die Anfechtungs-

[1]) V. R.-G. (III.) 4. April 1883, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 157, Juristenzeit. Bd. VII. S. 200; bayer. oberstes Landesg. 20. März 1886, Sammlung Bd. XI. S. 373, 374; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 291 ff.; Cosack S. 64; v. Wilmowski S. 120.

[2]) Cosack S. 64; Grützmann S. 163; Korn S. 173.

gründe, in den §§ 26 und 27 Beschränkungen des Anfechtungsrechtes aufgestellt. In § 28 wird das Anfechtungsrecht auch für den Fall gewahrt, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt wurde. Durch § 29 ist die Ausübung des Anfechtungsrechtes dem Konkursverwalter zugewiesen und in den §§ 30—32 vorgeschrieben, welche Wirkungen die erfolgreiche Anfechtung hat. Sodann wird in § 33 die Ausübung des Anfechtungsrechtes gegenüber den Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners geregelt und schliesslich in § 34 eine Verjährungsfrist für die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes festgesetzt.

Die in Titel III vorkommenden Fristbestimmungen betreffen nicht das Konkursverfahren. Es finden deshalb auf dieselben nicht gemäss § 65 der Konkursordnung die §§ 199 und 200 der C.-P.-O. Anwendung.[1]) Vielmehr ist das bürgerliche Recht für deren Berechnung massgebend und zwar erfolgt diese Berechnung nach Kalenderzeiträumen, nicht von Monat zu Monat. Das letztere Verfahren setzt die Möglichkeit einer genauen Angabe und Bestimmung des Zeitpunktes voraus, auf welchen das Ereignis fällt, von dem aus gerechnet werden soll, ist also immer mit Schwierigkeiten verbunden. Es kann deshalb nur dort angenommen werden, dass dasselbe gewollt ist, wo das Gesetz diese Berechnung ausdrücklich vorgeschrieben hat.[2]) Bei der nach Tagen bemessenen Frist des § 23 ist der Tag, auf welchen das massgebende Ereignis fällt, nach einer in den Reichsgesetzen wiederholt gegebenen Regel (v. Art. 32 Z. 1 der W.-O., Art. 328 Z. 1 H.-G.-B., §§ 199 und 200 der C.-P.-O. nicht mitzuzählen),[3]) so dass die Frist an dem der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrag vorausgehenden Tage beginnt und der am weitesten zurückliegende Punkt der Frist als ihr Endpunkt zu betrachten ist. Derselbe fällt hienach, wenn das Ereignis am 12. Dezember eintritt, auf den 2. Dezember. Die nach Monaten oder Jahren bemessenen Fristen (§§ 24—26 und 34) haben ihren Endpunkt an demjenigen Kalendertage des betreffenden Monats oder Jahres, welcher durch seine Bezeichnung dem Tage der Konkurseröffnung entspricht.[4]) Fällt dieser oder der Endpunkt auf den letzten Februar eines Schaltjahres, so ist der 28. Februar der dem 29. Februar des Schaltjahres entsprechende Tag.[5]) Fällt der Endpunkt auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so wird dadurch das Ende der Frist nicht hinausgeschoben.

4) Das Anfechtungsrecht erlischt: 1. durch Verjährung (§ 34); 2. durch vollständige Rückgewähr;[6]) 3. durch Beendigung des Konkursverfahrens vorbehaltlich der Vorschrift in § 153 Abs. 2 der Konkursordnung; 4. durch Vergleich und Verzicht.

[1]) V. R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 328; O.-L.-G. Köln 12. Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. I. S. 18; O.-L.-G. Karlsruhe 20. Dez. 1884, bad. Ann. Bd. 51 S. 311 ff. bes. 314; Schultze Festgabe S. 75. A. M. bezüglich der nach Tagen, Wochen oder Monaten bestimmten Fristen: v. Sarwey S. 161, 174; Wengler S. 207; Frohmann S. 23 u. bez. des § 34 Fitting § 17 Anm. 10 S. 160.

[2]) V. Windscheid I. § 103 Anm. 9; Hullmann S. 141; v. Sarwey S. 174; Stieglitz S. 140 u. 187; v. Völderndorff Bd. I. S. 331 u. 430; Willenbücher S. 53 § 23 Nr. 11 u. S. 71 § 34 Nr. 2; v. Wilmowski S. 135, 136, 174; Fitting § 16 Anm. 5 S. 145; Hartzfeld S. 675; Korn S. 222; O.-L.-G. Jena 9. Nov. 1882, Bl. für Rechtspfl. in Thür. Bd. 30 S. 383 und Seuffert, Arch. Bd. 39 Nr. 191 S. 274. A. M.: Cosack S. 98 u. 178.

[3]) V. Windscheid I. § 103 Anm. 14; Fitting § 16 Anm. 5 S. 145; Hartzfeld S. 675; Hullmann S. 141, Stieglitz S. 40; v. Völderndorff Bd. I. S. 331; Willenbücher S. 53 § 23 Nr. 11; v. Wilmowski S. 136 Nr. 7. A. M.: Korn S. 222 mit Rücksicht auf die Tendenz der Reichsgesetzgebung, nicht in das Landesrecht einzugreifen. Das R.-G. (III.) hat in einem Urteil v. 8. Febr. 1884, Entsch. Bd. XI. S. 44 obige Berechnungsweise auch bei Jahresfristen (§ 8 des Haftpflichtgesetzes) für massgebend erklärt.

[4]) V. v. Sarwey S. 174 u. 218; Stieglitz S. 151; v. Völderndorff Bd. I. S. 348 u. 430; Willenbücher S. 55 u. 70; v. Wilmowski S. 174; Hartmann S. 118 § 3 Nr. 27; Kranichfeld S. 24 Nr. 14.

[5]) V. v. Sarwey S. 174, 175 § 24 Nr. 8; Stieglitz S. 151 § 24 Nr. V. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 348 Anm. 30; Willenbücher S. 56 § 25 Bd. 4; v. Wilmowski S. 143 § 24 Nr. 3.

[6]) V. R.-G. (II.) 30. Okt. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 311; Cosack S. 353.

§ 22.

Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen sind, können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

(E. § 22; M. S. 111 ff.; K. S. 20 ff.; pr. K.-O. §§ 99 u. 110.)

I. Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen wurden.

1. *Bedeutung des Wortes „Rechtshandlung“.*

Als Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist in den Motiven mehrfach der Umstand bezeichnet, dass die anzufechtende Handlung das Befriedigungsrecht der Gläubiger verletzt haben müsse. Dies auch im Gesetz auszusprechen, wurde aber vermieden, um nicht durch eine zu enge Fassung den gesetzgeberischen Gedanken abzuschwächen und Gefahr zu laufen, dass auch berechtigte Anfechtungen ausgeschlossen oder doch Missverständnisse über den Sinn des Gesetzes hervorgerufen würden. Ein Anfechtungsrecht wird nur durch eine Verminderung der Befriedigungsmasse begründet, welche auf rechtserhebliche Thatsachen zurückzuführen ist. Thatsachen, welche, wie reiner Zufall oder rechtswidrige Vermögensbeschädigungen nur Veränderungen des äusseren Zustandes, nicht aber Veränderungen der bestehenden Rechte herbeiführen, brauchen nicht durch Richterspruch für unwirksam erklärt zu werden. Das Gesetz bezeichnet die „Rechtshandlungen“ als anfechtbar, weil bei dem Vorhandensein der übrigen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit alle rechtserheblichen Thatsachen der Anfechtung unterworfen sein sollen und Rechtswirksamkeit immer menschliche Willensthätigkeit, also ein „Handeln“ voraussetzt. Unter den Begriff „Rechtshandlung“ fallen hienach alle das Vermögen betreffenden Handlungen d. h. Willensäusserungen mit rechtlicher Wirksamkeit,[1]) nicht nur Verträge, sondern auch einseitige Verfügungen, nicht nur Veräusserungen, sondern auch Leistungen zum Zwecke der Erfüllung von Verbindlichkeiten, Zahlungen und Hingabe an Zahlungsstatt, Anerkenntnisse und Sicherstellungen; gleichviel ob Rechte für Dritte begründet oder dem Gemeinschuldner zustehende Rechte schlechtweg aufgegeben wurden. Auch sind nicht bloss Rechtshandlungen des Gemeinschuldners und nicht bloss positive Handlungen anfechtbar. (V. Bem. I. 2 und 3.) Ein schlechtweg nichtiges Rechtsgeschäft ist, da es überhaupt keine rechtlichen Wirkungen hat, nicht als Rechtshandlung anzusehen und unterliegt deshalb nicht der Anfechtung gemäss §§ 22 ff. der Konkursordnung. Die von den Parteien gewollte rechtliche Wirkung tritt bei dem nichtigen Geschäft nicht ein. Zur Geltendmachung der Nichtigkeit ist das hier geregelte Anfechtungsrecht nicht bestimmt.[2]) Wenn das Gesetz selbst dem nichtigen Geschäfte als solchem bestimmte Wirkungen beilegt, welche an die vom Willensakt der Parteien unabhängige Thatsache der Nichtigkeit geknüpft sind, so können diese, da sie nicht Wirkungen

[1]) V. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 32; Meisner S. 461, § 1 Anf.-Ges. lit. g.; v. Völderndorff Bd. I. S. 305 Bd. III. S. 125; v. Wilmowski S. 119; Cosack S. 46, 47; Frohmann S. 4; Hartmann S. 34, 35 § 1 Nr. 1; Jäckel S. 45; Korn S. 43; Meves S. 33; Kranichfeld S. 11; Eccius Bd. I. S. 777 § 14 Anm. 34; Mandry § 50 S. 465; Steinbach S. 18; bayer. oberstes Landesg. 13. Okt. 1885 in Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 127 ff.

[2]) R.-G. (II.) 10. Okt. 1884, jur. Wochenschr. 1884 S. 271 u. Bolze Bd. II. Nr. 583; R.-G. (VI.) 21. Febr. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 96.

der in Frage stehenden Handlungen als Willensäusserungen sind, durch die hier zugelassene Anfechtung gleichfalls nicht beseitigt werden. Von Scheingeschäften gilt das bisher Gesagte, sofern dieselben nach dem geltenden bürgerlichen Rechte, wie es jetzt wohl überall der Fall ist, als nichtige Geschäfte behandelt werden, denen es wegen Mangels einer Willensübereinstimmung an jeder rechtlichen Wirksamkeit fehlt und sofern diese Nichtigkeit ohne weiteres geltend gemacht werden kann.[1]) Sollte das Scheingeschäft dagegen nach dem geltenden Recht solange rechtliche Wirkungen haben, bis der Mangel der Ernstlichkeit gerichtlich festgestellt ist und sollte letzterer nicht von jedem Dritten insbesondere von dem Gläubiger gerügt werden können, so würde jenes wohl mit Rücksicht auf die dem Geschäft als solchem beigelegten Wirkungen als „Rechtshandlung“ im Sinne der §§ 22 ff. als Konkursordnung anzusehen sein und als solche angefochten werden können. Unter allen Umständen ist die Anfechtbarkeit eines Geschäftes nicht schon dann ausgeschlossen, wenn es von irgend einer Seite her als Scheingeschäft bezeichnet wird, sondern nur dann, wenn feststeht, dass ein ernstliches Geschäft nicht vorliegt, insbesondere auch der Anfechtungsbeklagte dies zugiebt, was nicht oft vorkommen wird. Solange dieser bestreitet, dass ein Scheingeschäft vorliegt, steht dem Konkursverwalter, der vielleicht gar nicht in der Lage ist, dies nachzuweisen, das Recht zu, das Rechtsgeschäft auch seinerseits als ernstlich zu behandeln und sich, um zur Rückgewähr zu gelangen, auf die Vorschriften der §§ 22 ff. der Konkursordnung zu berufen. Ebenso ist derselbe berechtigt, in einer und derselben Klage in erster Linie die Nichtigkeit der ihm entgegengehaltenen Handlung geltend zu machen und nur für den Fall, dass er damit nicht durchdringen sollte, die Handlung anzufechten.[2]) Ja es ist dem Konkursverwalter sehr zu empfehlen, dass er, sofern der Verdacht eines Scheingeschäftes vorliegt, immer auf diesem Wege vorgehe, weil dann die Einrede der Klageänderung von vornherein ausgeschlossen ist. Übrigens wird der Konkursverwalter, der auf Feststellung der Nichtigkeit geklagt hat, wenn der Gegner die Ernstlichkeit des Geschäftes behauptet, sich jedenfalls im Wege der Erwiderung auf die §§ 22 ff. der Konkursordnung stützen (§ 22 Bem. IV.) und dadurch die Berufung auf die Gültigkeit des Geschäftes entkräften können. Hat der Konkursverwalter lediglich eine Anfechtungsklage erhoben, so kann, wenn der Gegner die Ernstlichkeit des angefochtenen Rechtsgeschäftes behauptet, das Gericht die Klage nicht zurückweisen, weil ein Scheingeschäft vorliege. Würde aber der Beklagte in einem solchen Falle die Ernstlichkeit bestreiten, so müsste er, wenn er nicht überhaupt als sachfällig erscheint, jedenfalls die Prozesskosten tragen, sofern er sich vorher auf das Geschäft gestützt bezw. dasselbe als ernstlich und rechtsverbindlich behandelt hat. Macht der Beklagte geltend, es liege zwar ein Scheingeschäft vor, aber es sei in demselben ein anderes ernstlich gemeintes Geschäft versteckt, so kann dieses verschleierte Geschäft vom Konkursverwalter angefochten werden.[3])

[1]) V. Dernburg Bd. II. S. 332 § 132 Anm. 8; Eccius Bd. I. S. 164, 779 § 32 Anm. 9 u. § 114 Anm. 41; Fitting S. 140, 144 § 15 Text nach Anm. 8 u. § 16 Anm. 3; Frohmann S. 39; Fuchs S. 53; Harburger S. 389 u. 390; Jäckel S. 7 ff.; Meisner S. 465; Meves S. 33 u. 49; Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 137; Otto S. 26 u. 27; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 45; v. Sarwey S. 173; Völderndorff Bd. III. S. 133 ff.; Wengler S. 216; Willenbücher S. 47, 55 u. 273; R.-G. (II.) 8. Febr. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 96. A. M.: Cosack S. 51 ff.; Hellmann in der Krit. V.-J.-Schr. Bd. 24 S. 572; Hartmann S. 45 ff. § 1 Nr. 7; Korn S. 206 ff.; Meischeider in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 467; Stieglitz S. 149; v. Wilmowski S. 122, 123; Rocholl, Bd. I. S. 479 ff.; Menzel S. 100, 101; Steinbach S. 27; R.-G. (V.) 15. März 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 1082 u. Juristenzeit. Bd. VII. S. 130; O.-L.-G. Braunschweig in Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 143.

[2]) V. Petersen a. a. O.; Cosack S. 52; Jäckel S. 13; Korn S. 208; Rocholl, Bd. I. S. 485; v. Völderndorff Bd. III. S. 137; v. Wilmowski S. 123; R.-G. (II.) 1. Nov. 1885, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XI. S. 97 ff. bes. 116, O.-L.-G. Zweibrücken 17. Juli 1886, Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 88; O.-L.-G. Braunschweig 12. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 143.

[3]) Vgl. Rocholl, Bd. I. S. 484 u. 485; Stieglitz S. 149.

2. *Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.*

Dass die Rechtshandlung, welche angefochten werden soll, vom Gemeinschuldner vorgenommen sein müsse, ist im Gesetz nicht gesagt. Auch muss eine solche Handlung des Gemeinschuldners nicht überall vorliegen, damit Anfechtung stattfinden kann, wenn gleich diese thatsächlich in den meisten Fällen gegen eine Thätigkeit des Gemeinschuldners oder eines Bevollmächtigten desselben (Bem. I. 3 zu § 6) gerichtet sein wird. In den Motiven (S. 115) wurde zwar bemerkt, dass unter allen Umständen eine Rechtshandlung des Schuldners vorausgesetzt werde, und nur die Einschränkung beigefügt, dass auch passive Beteiligung an der Handlung eines Dritten genüge. Diese Ausführung ist jedoch nicht als richtig anzusehen. Einerseits kann, wenn der Gemeinschuldner der Handlung eines Dritten vollständig unthätig zugesehen hat, diese Unthätigkeit nicht als Handlung, also auch nicht als Rechtshandlung angesehen werden. Andererseits ergiebt sich aus dem Gesetze selbst mit Bestimmtheit, dass nach § 23 Z. 1 Satz 2 und Z. 2 im Gegensatz zu den übrigen §§ eine Rechtshandlung des Schuldners nicht zu dem erforderlichen Thatbestand gehört, und unterwirft § 28 auch Vollstreckungshandlungen der Anfechtung, gleichviel ob dieselben mit oder ohne oder sogar gegen den Willen des Schuldners erfolgten. Es kann deshalb nicht anerkannt werden, dass die anzufechtende Rechtshandlung immer eine Handlung des Schuldners sein müsse. Auf die Motive darf um so weniger ein entscheidendes Gewicht gelegt werden, als die Fassung des § 23 von der Reichstagskommission (K. S. 21) gerade deshalb geändert wurde, um festzustellen, dass die angefochtene Handlung nicht vom Schuldner selbst vorgenommen worden sein müsse. (V. auch Bem. zu den §§ 23, 24 u. 28.[1])

3. *Unterlassungen des Gemeinschuldners.*

Handlung ist Willensäusserung. Der Wille kann sich aber auch durch Unterlassungen kundgeben. Deshalb fallen diese unter den Begriff der Handlung und können solche Unterlassungen, welche Ausdruck eines rechtlich erheblichen Willens (Willensäusserungen) sind, als „Rechtshandlungen" angefochten werden. Hiezu wird allerdings vorausgesetzt, dass die Unterlassung eine beabsichtigte war, und zu dem Zwecke gewollt wurde, die Begründung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten herbeizuführen. Aber wenn dieser Voraussetzung genügt ist, besteht kein Grund, die durch Unterlassung herbeigeführten Benachteiligungen der Anfechtung zu entziehen. In den Motiven (S. 115, 116) wurde zwar ausgeführt, Unterlassungen könnten deshalb nicht angefochten werden, weil das Wesen der Anfechtung darin bestehe, „Geschehenes ungeschehen zu machen, acsi factum non esset", Unterlassungen aber nicht beseitigt werden könnten. Diese Auffassung erscheint jedoch als unhaltbar. Allerdings kann, was nicht geschehen ist, nicht durch Richterspruch zu etwas Geschehenem gemacht werden. Aber der Richter kann ebensowenig geschehene Thatsachen ungeschehen machen. Auch ist dies nicht der Zweck der Anfechtung. Durch dieselbe werden vielmehr, wenn sie Erfolg hat, nur die aus den anfechtbaren Handlungen entsprungenen Rechtsfolgen, soweit es sich um die Konkursmasse handelt, aufgehoben und erlangt der Konkursverwalter demgemäss das Recht, in dieser Beziehung die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder die Rückgewähr zu verlangen. (V. Bem. 1 zu § 30.) In den Motiven wurden denn auch für bestimmte Unterlassungen, welche durch Gesetz einem positiven Thun gleichgestellt seien, z. B. für den Fall des Nichterscheinens vor Gericht, an die entgegengesetzte Auffassung gewisse Zugeständnisse gemacht. Aber diese sind mit der in den

[1]) V. Cosack S. 88 ff.; Fitting S. 141, 142; Frohmann S. 5, 31; Grützmann S. 114, 115, 156; Harburger S. 386, 389, 390; Korn S. 54 ff.; Mandry S. 468, 469; Meisner S. 111; Menzel S. 68; Petersen a. a. O. S. 31; Stieglitz S. 126; Willenbücher S. 47; v. Wilmowski S. 119; ferner R.-G. (V.) 2. Juni 1880, Entsch. Bd. II. S. 374. A. M. ist Jäckel S. 54, 55.

Motiven dargelegten grundsätzlichen Auffassung nicht vereinbar und genügen andererseits nicht. Auch die von Harburger versuchte Beschränkung der Anfechtbarkeit auf solche Unterlassungen, welche nur infolge einer Mitwirkung des Erwerbers zu einer Verminderung der Masse geführt haben,[1]) lässt sich nicht aufrechterhalten. Ohne Zuthun des Erwerbers kann kaum je ein die Masse schmälernder Erwerb gemacht werden. Die Beschränkung hat also nur dann eine Bedeutung, wenn ihr der wohl auch von Harburger gewollte Sinn beigelegt wird, dass nur eine auf Verabredung mit dem Erwerber beruhende Unterlassung des Gemeinschuldners angefochten werden kann. Dann beruht aber der Erwerb nicht mehr auf der Unterlassung, sondern auf der die Verpflichtung hiezu begründenden Verabredung, folglich auf einem positiven Thun. Es wird also bei dieser Beschränkung die Anfechtbarkeit von blossen Unterlassungen einfach verneint. Da nun jede absichtliche rechtserhebliche Unterlassung als „Rechtshandlung" anzusehen ist, unterliegen der Anfechtung auch die absichtliche Unterlassung der Unterbrechung einer Verjährung oder Ersitzung sowie des Wechselprotestes. Die Schwierigkeit des Beweises der Absichtlichkeit, sowie Bedenken betr. der Rückgewähr berühren die Frage, ob die Anfechtung zulässig ist, nicht. (V. übrigens in letzter Beziehung § 30 Bem. 2.)[2])

Dass prozessualische Unterlassungen, welche durch das Gesetz einem positiven Handeln gleichgestellt werden, der Anfechtung unterliegen, wird allgemein anerkannt und zwar sowohl bezüglich der Versäumung des Termines und des Einspruches[3]) als hinsichtlich der Unterlassung von Widerspruch und Einspruch gegen Zahlungs- bezw. Vollstreckungsbefehle[4]), sowie des Widerspruchs gegen eine Arrestanlage.[5])

4. Verzicht auf den Erwerb von Rechten.

Die Gläubiger haben nur Anspruch darauf, dass das vorhandene Vermögen, aus dem sie Befriedigung zu suchen berechtigt sind, ihnen nicht entzogen, nicht aber darauf, dass es vergrössert werde. Die Konkursordnung greift allerdings nicht in das bürgerliche Recht ein, soweit dieses (wie z. B. Art. 1166 des Code civil) den Gläubigern die Befugnis einräumt, die dem Schuldner zustehenden Rechte auszuüben und so auch Erwerbshandlungen vorzunehmen. Vielmehr ist die Wirksamkeit solcher Handlungen, deren Vornahme auch dem Konkursverwalter zusteht (Bem. II. 3 zu § 5), nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Eine Anfechtung der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen ist aber ausgeschlossen, wenn lediglich die Unterlassung eines Erwerbs, nicht das Aufgeben eines Rechtes in Frage steht. Die Gläubiger haben kein Recht darauf, dass der Gemeinschuldner, um die Befriedigungsmasse zu vergrössern, einen Erwerb mache. Dagegen unterliegt die Ablehnung eines solchen Erwerbs der Anfechtung, bezüglich dessen dem Gemeinschuldner ein besonderer Rechtstitel zusteht, den auch der Konkursverwalter zu benutzen vermag, sei es, dass der Gemeinschuldner zum Erwerb ge-

[1]) V. jur. Wochenschr. 1885 S. 385 ff. und 396 ff.

[2]) V. in dieser Beziehung: Cosack S. 48 ff.; Dernburg Bd. II. S. 322 § 128 Anm. 3; Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 29 S. 301; Fitting § 15 Anm. 11 S. 140, 141; Frohmann S. 4; Hartmann S. 38 ff.; Hartzfeld S. 501, 502; Hellmann in der krit. V. J. Schr. Bd. 24 S. 568 und Bd. 27 S. 99; Jäckel S. 49 ff.; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 69; Kranichfeld S. 12; Menzel S. 71, 72; Otto S. 46. 47; Petersen in Buschs Zeitschr. für d. Civilpr. Bd. X. S. 32 ff. A. M. sind: Eccius Bd. I. S. 777 § 114 Anm. 34; Grützmann S. 118; Korn S. 63 ff.; Mandry S. 465; Meisner S. 112; Meves S. 33; v. Sarwey S. 142; Stieglitz S. 125; v. Völderndorff Bd. I. S. 307 u. Bd. III. S. 128 ff.; welcher zwischen einmaligem Geschehenlassen und längere Zeit dauerndem Nichthandeln unterscheidet; Willenbücher S. 46, 47; v. Wilmowski S. 120.

[3]) V. hiezu U. des O.-L.-G. Zweibücken v. 14. Juli 1886 und des bayer. obersten Landesg. v. 11. Jan. 1887 in Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 90 ff. Letztere Entsch. ist auch in der Sammlung Bd. XI. S. 567 ff. und in Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 165 ff. abgedruckt.

[4]) V. U. des O.-L.-G. Darmstadt v. 5. Juni 1883 in Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 255.

[5]) V. R.-G. (III.) 20. Jan. 1882, Entsch. Bd. VI. S. 367.

zwungen werden kann, sei es, dass der Konkursverwalter in der Lage ist, die Erwerbshandlung an Stelle des Gemeinschuldners vorzunehmen oder das Recht auf den Erwerb zu veräussern und den Erlös zur Masse zu ziehen. [1]) Stand dem Gemeinschuldner das Recht auf einen bestimmten Erwerb unter einer Bedingung zu und schlug er denselben nach Eintritt der Bedingung aus, so ist hienach die Anfechtung der Ausschlagung zulässig. Hatte der Gemeinschuldner den Eintritt der Bedingung verhindert oder durch Unterlassung deren Nichterfüllung herbeigeführt, so wird die Anfechtbarkeit der in Frage stehenden Rechtshandlung davon abhängen, ob der Konkursverwalter noch in der Lage ist, die Bedingung zu erfüllen. [2]) Wurde dagegen ein bestimmtes Anerbieten abgelehnt, so ist die Anfechtung dieser Ablehnung ausgeschlossen, wenn das Recht des Gemeinschuldners auf Annahme des Anerbietens, das nur in beschränkter Zeit ausgeübt werden kann, erloschen, und der Anbietende mit Rücksicht auf den Ablauf der Zeit oder die veränderten Umstände nicht mehr an sein Anerbieten gebunden ist. [3])

Für die Frage, ob die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses der Anfechtung unterliegt, kommt es in erster Linie darauf an, ob nach dem geltenden bürgerlichen Rechte die Erbschaft schon durch den Anfall erworben wird. Wo dies der Fall ist, erscheint die Ausschlagung als anfechtbar, weil dadurch ein erworbenes Recht wieder aufgegeben wurde. [4]) Dass nach römischem Recht selbst die Entsagung des suus heres und das Ausschlagen eines Vermächtnisses der Anfechtung entzogen war, ist für das moderne Anfechtungsrecht nicht entscheidend, weil dessen Grenzen sich mit denen des römischen Rechtes nicht decken. [5]) Wo der Anfall nur ein Recht auf den Erwerb begründet, fällt zwar infolge der Annahme des Gemeinschuldners der Erwerb in die Konkursmasse. Wenn er aber denselben ausschlägt, so ist die Anfechtung deshalb ausgeschlossen, weil der Konkursverwalter ebensowenig wie ein Dritter die Erbschaft bezw. das Vermächtnis für den Gemeinschuldner erwerben kann. (V. Bem. III. 3 zu § 1.) [6]) Aus demselben Grunde wird die Nichtgeltendmachung des Anspruchs auf den Pflichtteil der Anfechtung entzogen sein.

5. *Vornahme der Rechtshandlung vor Eröffnung des Verfahrens.*

Wurde eine Rechtshandlung, die im allgemeinen der Anfechtung unterliegt, nach der Stunde vorgenommen, welche den Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bestimmt (V. § 100 und § 6 Abs. 3), so bedarf es einer besonderen Anfechtung nicht, sondern die betr.

[1]) V. Cosack S. 67; Frohmann S. 19, 20; und Menzel S. 79 ff. Dass letzterer (S. 81) in Übereinstimmung mit Otto (S. 30) davon ausgeht, durch die Ablehnung des Erwerbs sei das Recht auf denselben ausgeübt worden, kann nicht als richtig angesehen werden. Durch die Ablehnung wird die Möglichkeit, den Erwerb anzunehmen, und damit das Recht auf denselben verloren. Dadurch wird aber die Masse vermindert.

[2]) V. Hartmann 44 § 1 Nr. 5; Cosack S. 72; v. Wilmowski S. 121. A. M. Korn S. 73.

[3]) V. Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 29 S. 300; Hartmann § 1 Nr. 4 S. 42; Korn S. 71, 72. A. M. Cosack S. 72; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 75 und Korn, soweit es sich um das Anerbieten von unentgeltlichen Zuwendungen handelt. Auch bezüglich dieser kann der Anbietende nicht auf unbestimmte Zeit gebunden sein.

[4]) V. Cosack S. 72; Eccius Bd. I. S. 777 § 114 Anm. 32; Grützmann S. 112; Hartmann S. 42; Meisner S. 112; v. Sarwey S. 171, 179; v. Völderndorff Bd. I. S. 362; v. Wilmowski S. 121; ferner: R.-G. (V.) 17. Dez. 1881 in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 828 u. Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 304; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1885, bad. Ann. Bd. 51 S. 373; O.-L.-G. Dresden 5. Dez. 1885 in Wengler, Arch. N. F. Bd. VII. S. 65; bayer. oberstes Landesg. 8. Juli 1881 in Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 430.

[5]) V. Cosack S. 69, 70; Korn S. 70. A. M. sind: Fitting S. 138, 139 § 15 Anm. 7; Grützmann S. 112 Anm. 375; Otto S. 38; Stieglitz S. 126 Nr. I. 3; v. Wilmowski S. 121.

[6]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 320 Anm. 23; Grützmann S. 112; Kranichfeld S. 13 Nr. 3b Anm.; Otto S. 37. A. M. sind: Cosack S. 73; Jäckel S. 50 Anm. 9; Korn S. 72; Menzel S. 82 Anm. 14; Stieglitz S. 126; Willenbücher S. 48 Nr. 2b.

Handlung ist vielmehr (nach § 6 Abs. 1) den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. Nur wenn feststeht, dass die betr. Handlung schon vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden ist, kommen die Vorschriften der §§ 22 ff. zur Anwendung. Wurde die benachteiligende Thätigkeit erst nach der Eröffnung des Verfahrens vollendet, so wird in der Regel § 6 Anwendung finden. Wenn dies nicht der Fall ist, können aber diejenigen Handlungen, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden sind, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, jedenfalls angefochten werden.

II. Anfechtungsgründe.

1) Aus welchen Gründen eine Rechtshandlung mit Rücksicht auf das Konkursverfahren angefochten werden kann, ist in den §§ 23 ff. („nach Massgabe der folgenden Bestimmungen") gesagt und es gelten die in diesen §§ enthaltenen Vorschriften im ganzen Reiche. Daneben bleibt nach § 3 des Einführungsgesetzes die Vorschrift des Art. 259 des H.-G.-B. in Kraft. Dagegen sind die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für den Fall des Konkurses die Anfechtung der vom Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen regeln, (nach § 4 E.-G.) aufgehoben und kann eine Anfechtung aus anderen als den in der Konkursordnung enthaltenen Gründen nur dann erfolgen, wenn die in Frage stehende Bestimmung nicht als eine konkursrechtliche Vorschrift anzusehen ist, sondern dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehört. Ob der eine oder andere Fall vorliegt, wird sich unschwer bestimmen lassen. Nur wenn die betr. Vorschrift voraussetzt, dass eine Konkurseröffnung stattgefunden hat und gerade für diesen Fall eine besondere Bestimmung enthält, ist sie als eine konkursrechtliche anzusehen, nicht aber dann, wenn die Anfechtung einer bestimmten Handlung unter allen Umständen, ohne dass hiezu ein Konkurs vorausgesetzt wird, gestattet ist. (K. S. 20.)

Eine allgemeine Voraussetzung der Anfechtbarkeit besteht darin, dass die anzufechtende Rechtshandlung unmittelbar oder mittelbar eine Verminderung der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Konkursmasse bewirkt haben muss. Diese Voraussetzung ergiebt sich aus den Vorschriften der §§ 23—25 und aus dem Zweck der Anfechtung, welcher in der in § 30 vorgesehenen Rückgewähr besteht. Die Benachteiligung der Gläubiger als allgemeines Thatbestandsmerkmal in § 22 aufzunehmen, wurde unterlassen, weil man nicht der Annahme Vorschub leisten wollte, dass die Angemessenheit des Entgelts jederzeit die Anfechtung ausschliesse. (M. S. 114.) Es kann einerseits nicht jedes Geschäft, das (zufällig) eine Verminderung des Vermögens des Gemeinschuldners zur Folge hat, der Anfechtung unterworfen werden. Andererseits kann aber auch ein Geschäft, welches vom Standpunkt des Gemeinschuldners aus als ein vorteilhaftes erscheint, oder demselben wenigstens zunächst ein angemessenes Entgelt verschafft, eine die Gläubiger benachteiligende Wirkung haben, weil weitere Thatsachen hinzukommen, z. B. der Schuldner den Erlös aus einem Verkaufe benutzt, um mit dem vorhandenen Geld zu entfliehen und so den Gläubigern ihre Befriedigung zu entziehen oder zu schmälern. Hier wurde durch das Geschäft selbst das Vermögen des Gemeinschuldners nicht vermindert, aber doch auf anderem Wege eine Schmälerung der zurückgebliebenen Befriedigungsmasse und folgeweise eine Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt. [1])

Dass die Forderungen der in Frage stehenden Gläubiger schon zur Zeit der anfechtbaren Handlung bestanden, wird hier ebensowenig wie bei der Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens vorausgesetzt. Auch wenn einzelne oder sogar alle Konkursforderungen nach diesen Handlungen entstanden sein sollten, ist der Konkursverwalter zur Anfechtung befugt. [2])

[1]) V. Cosack S. 59 ff.; Fitting § 15 S. 137, 138; Jäckel S. 54; v. Wilmowski S. 120.

[2]) V. Cosack S. 40; Eccius Bd. I. S. 773; Hartmann S. 83; Jäckel S. 35; Korn S. 205; Mandry S. 474; v. Wilmowski S. 141; R.-G. (II.) 5. Mai 1885 u. (III.) 26. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 166

2) Die Frage, nach welchem örtlichen Rechte das Vorhandensein von Anfechtungsgründen zu beurteilen ist, wenn die anzufechtende Handlung im Auslande vorgenommen wurde oder eine der beteiligten Personen (Gemeinschuldner oder Anfechtungsgegner) im Auslande wohnt u. s. w., hat die verschiedensten Beantwortungen erfahren. Es wird für massgebend erklärt: das Recht des Ortes, an dem die anfechtbare Handlung vorgenommen wurde, [1]) sowie das Recht desjenigen, an welchem sich die zurückzugewährende Sache befindet, [2]) das Recht des Ortes, an dem der Gläubiger wohnt [3]), oder dasjenige des Wohnsitzes des Gemeinschuldners oder des Anfechtungsgegners [4]) oder das des Wohnortes dieser beiden Personen. [5]) Endlich wird behauptet, die Anfechtung sei nach dem Rechte desjenigen Ortes zu beurteilen, an welchem zu erfüllen oder die Klage zu erheben ist. [6]) Die richtige Antwort ergiebt sich aus den rechtlichen Grundlagen des Anfechtungsanspruchs. Voraussetzung dieses Anspruchs ist nun eine auf das Vermögen des Gemeinschuldners bezügliche Rechtshandlung, welche für sich allein oder in Verbindung mit anderen Thatsachen eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger herbeigeführt hat und zwar hat dieser Anspruch wesentlich darin seinen Grund, dass die Benachteiligung der Gläubiger unter den gegebenen Umständen als ungerechtfertigt anzusehen sei. Der Anfechtungsanspruch entspringt in der Hauptsache aus der ungünstigen Vermögenslage des Gemeinschuldners, zu der allerdings eine Rechtshandlung von bestimmter Beschaffenheit hinzutreten muss; aber solange der Schuldner imstande ist, seine Gläubiger zu befriedigen, kann keine seiner Handlungen angefochten werden. Ist hienach die Rechtshandlung nicht als solche, sondern nur mit Rücksicht auf die schlechte Vermögenslage des Gemeinschuldners und ihre die Gläubiger benachteiligenden Folgen geeignet, die Anfechtung zu begründen, so muss die Anfechtung auch nach dem Rechte des Ortes beurteilt werden, wo das letztere Erfordernis gegeben ist, d. h. wo der Schuldner den Mittelpunkt seines wirtschaftlichen Daseins, seinen Wohnsitz hat. Nur nach diesem Recht kann beurteilt werden, ob eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt und deshalb ein Anspruch auf Rückgewähr besteht; denn nach diesem Rechte ist auch zu bemessen, welchen Umfang das Vermögen hat, welche Verbindlichkeiten vorliegen, ob die Voraussetzungen des Konkursverfahrens gegeben sind u. s. w. Das Rechtsverhältnis auf das sich die Anfechtung bezieht, hängt auf das innigste mit den Vermögensverhältnissen des Schuldners zusammen und hat da seinen Sitz, wo derselbe wohnt und das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Deshalb müssen auch die Vorschriften dieses Ortes überall durchgreifen, soweit es sich um die Frage handelt, welche der Konkursmasse entzogenen Gegenstände wieder zu derselben zurückzuführen sind. [7]) Das Recht des Ortes, an welchem die anzufechtende Handlung vorgenommen wurde, muss auch deshalb ausser Betracht bleiben, weil es sonst

u. Bd. XV. S. 62; R.-G. (VI.) 20. Mai 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 230; bayer. oberstes Landesg. 20. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 40 ff.; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 291; O.-L.-G. Kiel u. Dresden 17. Dez. 1883 bezw. 21. Nov. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 271 ff., Wengler, Arch. N. F. Bd. VII. S. 305.

[1]) V. Korn S. 256; Eccius Bd. I. S. 62 Nr. 5 S. 68 Nr. 10 und Otto S. 200 ff. wenigstens insoweit, als die anfechtbare Handlung als Delikt erscheint.

[2]) Bar, Internationales Privatr. S. 494 ff.; App.-Ger. Celle 29. Febr. 1872, Seuffert, Arch. Bd. 27 S. 1 ff.

[3]) Kranichfeld S. 34 Nr. 33 a. E. für Klagen gegen unredliche Erwerber.

[4]) Kranichfeld S. 34 für Klagen gegen redliche Erwerber und Bar a. a. O. für den Fall, dass die Sache sich nicht dauernd an einem bestimmten Orte befindet.

[5]) Menzel S. 31 ff.; v. Wilmowski S. 127, 128.

[6]) Otto S. 204 ff. für die Fälle, in welchen der Anfechtungsanspruch nicht in einem Delikte seinen Grund hat.

[7]) V. Cosack S. 105; Petersen a. a. O. S. 66 ff.; West, Arch. für civ. Pr. Bd. 60 S. 373 ff.; O.-L.-G. Hamburg 27. Jan. 1885, Hanseat. Gerichtszeit. Bd. VI. (Beibl.) S. 216; U. des Obertrib. Stuttgart vom 3. Jan. 1871, Seuffert, Arch. Bd. 25 S. 164, 165, das allerdings auf einer anderen Begründung beruht.

den Beteiligten ermöglicht wäre, sich einen für ihre schädlichen Absichten möglichst günstigen Ort auszusuchen und weil auch nach sonstigen Grundsätzen des internationalen Privatrechtes das Recht des Ortes, an dem eine Handlung vorgenommen wird, nur bezüglich der Form der Vornahme, nicht aber hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen der Wirksamkeit der Handlung massgebend ist. Das Recht des Wohnortes des Gemeinschuldners ist sogar dann anzuwenden, wenn eine Rechtsnachfolge in den anfechtbaren Erwerb stattgefunden hat, denn die ursprünglich anfechtbare Handlung ist auch die Grundlage der Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger. (§ 33 K.-O.) [1])

III. Rechtliche Natur des Anfechtungsanspruchs und seiner Wirkungen.

1) Bezüglich der rechtlichen Natur des Anfechtungsanspruchs bestehen sehr verschiedene Auffassungen und zwar sowohl hinsichtlich der Grundlagen desselben als in Ansehung der Ziele, welche damit verfolgt werden. Die Grundlagen des Anfechtungsrechtes werden von einer Seite in dem Recht des Gläubigers auf Zwangsvollstreckung gefunden der Art, dass die Verfolgung und Durchführung des Anfechtungsrechtes lediglich als eine Vollstreckungsmassregel gegen dritte Personen, die Anfechtungsklage als eine Hilfsklage zum Zweck der Bewirkung der Zwangsvollstreckung anzusehen ist. [2]) Andererseits wird die Grundlage darin gesucht, dass den Gläubigern gegen rechtswidrige unerlaubte Handlung Rechtsschutz gewährt werde, und angenommen, nach der Auffassung des Gesetzes falle dem Gemeinschuldner eine allerdings nicht immer vom Konkursverwalter zu beweisende, sondern vielfach im Gesetze vermutete oder fingierte Arglist zur Last. Diese Arglist des Schuldners wird entweder bezüglich aller Fälle, in welchen das Gesetz die Anfechtung gestattet, als der Grund des Anfechtungsrechtes angesehen, [3]) oder es wird eine Ausnahme gemacht hinsichtlich der unentgeltlichen Verfügungen, bei denen die ungerechtfertigte Bereicherung des Erwerbers den Anfechtungsgrund bilden soll. [4]) Endlich wird die Grundlage des Anfechtungsrechtes in einem Quasidelikt erblickt, wobei ebenfalls von einer Fiktion der Arglist ausgegangen wird. [5]) Bei der ersten Ansicht wird überhaupt nicht erklärt, warum dem Konkursverwalter oder einem einzelnen Gläubiger die Zwangsvollstreckung gegen einen Dritten gestattet sein soll. Auch erscheint dieselbe als unhaltbar, weil es sich bei der Anfechtung nicht um blosse Zulassung der Zwangsvollstreckung, sondern um einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr handelt, der, soweit er vom Konkursverwalter geltend gemacht wird, viel weitergehende Wirkungen hat. (V. Bem. III. 2 zu § 20 und Bem. zu § 30.)

Was die Annahme einer unerlaubten Handlung oder eines Quasidelikts anbelangt, so kann in den Fällen des § 25 Z. 1 u. 2 jedenfalls nicht angenommen werden, dass die unentgelt-

[1]) V. Hartmann, Vorbem. S. 30 ff. A. M. Cosack S. 321; Francke im Arch. f. civ. Pr. Bd. 62 S. 489.

[2]) Diese vom früheren pr. Obertrib. aufgestellte und vorübergehend auch vom R.-G. (I. H. S.) in einem Urteil vom 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 189 verwertete Ansicht vertritt noch v. Völderndorff Bd. I. S. 303, Bd. III. S. 138, der diese Lehre jedoch etwas weiter gebildet hat, indem er unter Verwerfung der Deliktstheorie ein pflichtwidriges, gegen Treu und Glauben verstossendes Verhalten als allgemeinen Anfechtungsgrund aufstellt. V. bez. der Auffassung des pr. Obertrib. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 26 ff.

[3]) V. Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 29 S. 298, 302; Korn S. 250 ff.; v. Sarwey S. 133 ff.; Hartzfeld S. 482 ff.; 520 ff.; dieser mit der Änderung, dass im Falle des Redlichkeitsbeweises obligatio ex lege vorliege; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 45; R.-G. (V.) 20. Dez. 1882, jur. Wochenschr. 1883 S. 79 und (V.) 16. Juni 1883, Entsch. Bd. X. S. 334.

[4]) V. Fitting § 15 Anm. 1; Grützmann S. 99, 121, 143 ff., 177, 181, 189; Meisner S. 109; Otto S. 18, 23 ff., 96 ff.; Stieglitz S. 121, Vorbem. C. Gegen die Möglichkeit einer einheitlichen Begründung hat sich auch Lothar Seuffert in der d. Literaturzeit. J. 1887 S. 315 erklärt.

[5]) So Mandry S. 462, 463; Radlkofer in der krit. V.-J.-Schr. Bd. 27 S. 106 und wohl auch Stieglitz S. 174.

liche Verfügung, welche ohne Rücksicht auf den Beweggrund anfechtbar ist, vom Gesetz als eine unerlaubte oder widerrechtliche Handlung angesehen und behandelt wird.[1]) Diese Ansichten sind sonach nicht geeignet, als allgemeine Grundlage für die Erklärung des Anfechtungsrechtes zu dienen. Vielmehr muss dieselbe, wenn eine einheitliche Auffassung überhaupt möglich ist, in anderen Umständen gesucht werden. Man hat zunächst versucht, die einheitliche Grundlage durch die Annahme einer „obligatio ex lege" zu finden, deren Inhalt darin besteht, „dass das Gesetz in gewissen Fällen vom Empfänger die Rückgewähr mit Rücksicht auf die Insolvenz des Gebers verlangt." [2]) Dabei soll nach Cosack der Grundgedanke der sein, dass jeder, der aus fremdem Vermögen eine Zuwendung erhält, verpflichtet ist, nicht bloss die dinglichen Lasten desselben zu tragen, sondern unter gewissen Voraussetzungen auch die allgemeine Bestimmung dieses Vermögens, als eines Mittels zur Befriedigung auch der persönlichen Gläubiger, zu berücksichtigen. Diese von Cosack aufgestellte Lehre hat in sehr verdienstlicher Weise zu weiteren Untersuchungen angeregt. Sie kann aber nicht befriedigen, weil die Bezeichnung der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners als „obligatio ex lege" nur eine negative Bedeutung hat und nicht erkennen lässt, worin der Grund der Anfechtung besteht. Sie erklärt in keiner Weise, warum dem Konkursverwalter das Anfechtungsrecht gewährt, dem Anfechtungsgegner die Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt wurde. [3]) Mit Rücksicht darauf hat Menzel in seiner Schrift über das Anfechtungsrecht S. 24 ff., indem er im übrigen an der „obligatio ex lege" festhielt, um eine genauere Bestimmung des Rechtsverhältnisses herbeizuführen, darauf hingewiesen, dass der im Konkursverfahren geltend gemachte Anfechtungsanspruch grosse Ähnlichkeit mit den Kondiktionen (Rückforderungsklagen) besonders mit dem Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung habe, während bei der Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens die Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners der beschränkten persönlichen Haftung für eine fremde Schuld verwandt sei. Die letztere Hinweisung erscheint nicht als zutreffend, weil der Anfechtungsgegner nicht für die Erfüllung der dem Anfechtungskläger gegen den Schuldner zustehenden Forderung haftet, seine Verbindlichkeit auch nicht auf dieser Schuld, sondern auf seinem hievon ganz unabhängigen Erwerb beruht. [4]) Ebenso trifft die Verweisung auf die Bereicherungsklagen wegen Besitz ohne genügenden Grund nicht zu, weil die angefochtene Rechtshandlung keineswegs nichtig oder wirkungslos ist, sondern die gültige causa für den Erwerb ist und bleibt, der Anfechtungsgegner sonach keineswegs ohne Rechtsgrund besitzt.[5]) Auch steht der letzteren Auffassung § 30 der Konkursordnung entgegen, nach welchem der Anfechtungsgegner, der ausserhalb des Konkursverfahrens gar nicht wegen der Bereicherung haftet, nur ausnahmsweise wegen derselben in Anspruch genommen werden kann. Richtig ist aber an der Lehre von Menzel, dass die Anfechtung als eine besondere Art der Kondiktionen anzusehen ist. Die Anfechtungsklage hat nicht in einer ungerechtfertigten Bereicherung des Anfechtungsgegners ihren Grund, denn es fehlt sowohl an der Bereicherung aus dem Vermögen des Klägers oder seines Rechtsvorgängers als an dem Erwerb ohne Rechtsgrund. Sie wird vielmehr darauf gestützt, dass eine nach den gesetzlichen Vorschriften ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger vorliege, durch welche die Verpflichtung zur Rückgewähr begründet werde. Es handelt sich hienach bei

[1]) V. hiezu Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 57 ff.

[2]) V. Cosack S. 24 ff.; Dernburg Bd. II. S. 322; Eccius Bd. I. S. 774 § 114 Anm. 23; Frohmann S. 43 ff. bes. S. 50; Jäckel S. 155 ff.; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV. S. 64 und teilweise auch v. Wilmowski S. 117, der jedoch bezüglich der §§ 23 und 24 Abs. 1 die Deliktstheorie aufrecht erhält (V. bes. S. 141); ferner R.-G. (I.) 25. Nov. 1882, Entsch. Bd. X. S. 325 ff.

[3]) V. hiezu Buchka in der meckl. Zeitschr. 1886 S. 111; Hartmann S. 23; Petersen a. a. O. S. 47 ff.; Radlkofer in der Krit. V.-J.-Schr. Bd. 27 S. 106; Loth. Seuffert in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 133.

[4]) V. Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 13, 14.

[5]) V. Eccius Bd. I. S. 773 § 114 Anm. 22; Hartmann S. 29; West im Arch. für civ. Pr. Bd. 60 S. 376.

dem Anfechtungsrecht der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes um eine neue Gattung von Rückforderungsansprüchen (Kondiktionen) wegen ungerechtfertigter Benachteiligung, welche das Gesetz den Ansprüchen aus der ungerechtfertigten Bereicherung an die Seite gestellt hat. Der Grund, der dazu führte, die Benachteiligung der Gläubiger als eine ungerechtfertigte erscheinen zu lassen und dem Erwerber die Verpflichtung zur Rückgewähr aufzuerlegen, ist allerdings bei den einzelnen Fällen der Anfechtung nicht derselbe. Es war einerseits die Arglist der bei der anfechtbaren Rechtshandlung beteiligten Personen (Absicht der Benachteiligung bezw. Kenntnis derselben), andererseits der Zeitpunkt der (kurz vor der Konkurseröffnung erfolgten) Vermögensveränderung, endlich der Umstand massgebend, dass ein Dritter zum Nachteil der Gläubiger unentgeltlich oder doch ohne entsprechenden Entgelt etwas erworben hat. Aber ungeachtet der Verschiedenheit dieser einzelnen Entstehungsgründe des Anfechtungsanspruchs und obgleich für diesen Anspruch eine einheitliche Grundlage in dem Umfange wie bei der actio emti, actio doli u. s. w. nicht besteht, lassen sich doch die verschiedenen Anfechtungsansprüche, ebenso wie die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung, denen ja ebenfalls verschiedenartige Thatbestände zu Grund liegen, unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt (den der ungerechtfertigten Benachteiligung) bringen, der bei der Regelung der Anfechtung, insbesondere für die in § 30 der Konkursordnung enthaltene einheitliche Bestimmung des Umfangs der Verbindlichkeit des Anfechtungsgegners (Rückgewähr) massgebend war. Gegen die Auffassung, dass es sich in allen Fällen der Anfechtung um eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Benachteiligung der Gläubiger handelt, spricht ebensowenig der Umstand, dass in einzelnen Fällen die Unerlaubtheit oder Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Gemeinschuldners und des Anfechtungsgegners den besonderen Grund der Anfechtung bildet, als die Art und Weise, wie in § 30 der Umfang der Verpflichtung zur Rückgewähr geregelt ist. Nach dieser Vorschrift wird der Anfechtungsgegner keineswegs als unredlicher Besitzer oder wie ein solcher behandelt. Aber auch wenn dies der Fall wäre, würde daraus nicht folgen, dass das Gesetz in allen Fällen der Anfechtung das Vorhandensein einer unerlaubten Handlung annimmt, denn bei der Aufstellung eines neuen Verpflichtungsgrundes kann der Umfang der Verpflichtung aus Zweckmässigkeitsgründen in beliebiger Weise geregelt werden. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, aus der Art und Weise dieser Regelung bezüglich der Beschaffenheit des allgemeinen Grundes der Anfechtung einen Schluss zu ziehen. [1]) Noch weniger nötigt § 30 Z. 2 zur Annahme, dass es sich bei § 25 um Fälle der ungerechtfertigten Bereicherung handle, weil die dort vorgesehene Beschränkung der Haftbarkeit nur dann eintrete, wenn der gute Glaube des Erwerbers nachgewiesen werde. Für die Frage, ob in einzelnen und in welchen Fällen die Benachteiligung deshalb als ungerechtfertigt anzusehen ist, weil die Handlung als eine unerlaubte gilt, und ob sonach in bestimmten Fällen für die Anfechtungsklage als „Klage aus einer unerlaubten Handlung" der Gerichtsstand des § 32 der C.-P.-O. angerufen werden kann, ist die dargelegte Grundlage nicht entscheidend. Vielmehr ist bezüglich dieser Frage zwischen den einzelnen Thatbeständen zu unterscheiden. (Vgl. Bem. IV. 4.) Als unerlaubte Handlungen in diesem Sinne können die unentgeltlichen Verfügungen, von denen § 25 handelt, jedenfalls nicht angesehen werden, weil es hier lediglich auf den objektiven Thatbestand, nämlich auf die Thatsache ankommt, ob eine unentgeltliche Verfügung, wie sie das Gesetz im Auge hat, vorliegt und ob dieselbe in dem im Gesetz bestimmten Zeitraum vorgenommen wurde, die Absicht des Schuldners und die Kenntnis derselben auf Seite des Anfechtungsgegners aber gleichgültig ist. Von einem Delikt oder Quasidelikt kann hier ebensowenig wie bei den entsprechenden Vorschriften des römischen Rechtes (actio Pauliana) die Rede sein. [2]) Zweifelhaft ist dagegen die Frage, soweit es

[1]) V. Windscheid § 257 a. E. Bd. II. S. 37; R.-G. (I.) 25. Nov. 1882, Entsch. Bd. X. S. 333.

[2]) V. hiezu die oben Bem. III. 1 S. 97 Anm. 1 u. 2 angeführten Schriftsteller, bes. Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 57 ff.

sich um die Vorschriften der §§ 23 und 24 der Konkursordnung und die entsprechenden Vorschriften des Anfechtungsgesetzes handelt. Soweit die Anfechtung wegen der dem Anfechtungsgegner bekannten Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, gestattet worden ist (§ 24 Z. 1), muss anerkannt werden, dass dem Gesetze die Auffassung zu Grund liegt, die anfechtbare (in fraudem creditorum vorgenommene) Handlung sei als eine unerlaubte anzusehen. Es handelt sich hier ebenso wie bei der actio Pauliana um Beseitigung der Folgen eines betrügerischen Verhaltens des Gemeinschuldners, und der Anfechtungsgegner ist zur Rückgewähr verpflichtet, weil er den Erwerb vornahm, obgleich er die Absicht des Gemeinschuldners kannte, also in conscientia fraudis handelte. An sich ist zwar die vom Gemeinschuldner vorgenommene Handlung nicht rechtswidrig. Sie wird dies aber infolge der Absicht der Benachteiligung, von welcher der Gemeinschuldner geleitet wurde. Der von ihm verfolgte Zweck ist nach dem Gesetz als ein unerlaubter anzusehen. Auch soweit die Anfechtung auf § 24 Z. 1 gestützt wird, handelt es sich bei derselben um eine Rückforderung (Kondiktion). Aber der Grund, auf welchen die Anfechtung gestützt wird, ist der Umstand, dass der Gemeinschuldner in widerrechtlicher Weise seine Gläubiger zu benachteiligen suchte und der Anfechtungsgegner davon Kenntnis hatte. Zu demselben Ergebnis gelangt man bezüglich der in § 24 Z. 2 und § 23 Z. 1 und 2 geregelten Fälle der Anfechtung, wenn man annimmt, hier werde die Benachteiligungsabsicht vermutet, die anfechtbare Handlung sei sonach kraft Gesetzes als unerlaubte anzusehen. Für diese Auffassung sprechen manche Gründe, besonders soweit es sich um den in § 24 Z. 2 geregelten Fall handelt. Aber zwingende Gründe zur Annahme einer Rechtsvermutung, welche im Gesetze nicht ausdrücklich aufgestellt ist, liegen nicht vor. In § 23 Z. 1 ist von einer Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne von ihnen zu begünstigen, nicht die Rede. Hier kommt es vielmehr lediglich auf die Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung und auf den Umstand an, ob dem Anfechtungsgegner damals die Zahlungseinstellung bezw. der Eröffnungsantrag bekannt war. In § 23 Z. 2 und § 24 Z. 2 wird der Anfechtungsgegner zwar von der Verpflichtung zur Rückgewähr befreit, wenn er (nach § 23 Z. 2 neben der Unkenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w.) nachweist, dass ihm eine etwaige Begünstigungsabsicht bezw. Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners unbekannt, er also in gutem Glauben war. Aber diese Befreiung lässt sich auch als eine Vergünstigung auffassen, welche dem Anfechtungsbeklagten mit Rücksicht auf seine im Vergleich zu § 24 Z. 1 ungünstigere Lage eingeräumt wurde. Dass es sich um eine solche Vergünstigung handelt, ergiebt sich auch daraus, dass nach § 23 Z. 1 der Beweis der Unkenntnis der Begünstigungs- oder Benachteiligungsabsicht den Anfechtungsgegner nicht befreit. Da Rechtsvermutungen ohne Not nicht anzunehmen sind, wird deshalb der Ansicht der Vorzug zu geben sein, dass nur im Falle des § 24 Z. 1 die Anfechtung mit Rücksicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestattet worden ist. Für diese Annahme spricht auch der Umstand, dass die Vorschriften der pr. Konkursordnung, denen die bezeichneten Bestimmungen nachgebildet wurden, dem französischen Rechte entnommen sind. Das gesetzgeberische Motiv, dass die in Frage stehenden Rechtshandlungen häufig betrügerisch sind, rechtfertigt keineswegs die Annahme, es seien alle unter die §§ 23 und 24 Z. 2 fallenden Handlungen als unerlaubte anzusehen. (Vgl. auch die Erläuterungen zu §§ 23, 24 Z. 2 und § 30.) Hienach ergiebt sich folgende Reihe von Anfechtungsgründen. Die Anfechtung beruht in allen Fällen darauf, dass eine ungerechtfertigte Benachteiligung vorliegt. Die Benachteiligung erscheint als ungerechtfertigt: 1. mit Rücksicht darauf, dass sie vom Gemeinschuldner beabsichtigt wurde (§ 24 Z. 1 und § 33 Abs. 2 Z. 1); 2. mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme der Rechtshandlung (§§ 23 Z. 1 und 24 Z. 2); 3. mit Rücksicht auf diesen Zeitpunkt und den Mangel eines Anspruchs (§ 23 Z. 2); 4. mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme und die Unentgeltlichkeit (§ 25).

2) Auch soweit es sich um die Wirkung der erfolgreichen Anfechtung und deren rechtliche Auffassung handelt, besteht grosse Meinungsverschiedenheit. Einerseits

wird diese Wirkung als eine Art der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufgefasst.[1]) Andererseits — und dies ist zur Zeit die herrschende Meinung — wird das entscheidende Gewicht auf die Unwirksamkeit oder Ungültigkeit der anfechtbaren Handlung gegenüber den Gläubigern gelegt, wofür die Fassung des § 22 einen nicht unerheblichen Anhaltspunkt gewährt.[2]) Eine dritte Meinung erklärt die wichtigste Wirkung der Anfechtung, die Verpflichtung zur Rückgewähr, lediglich aus einem obligatorischen Band zwischen dem Anfechtungsberechtigten und dem Anfechtungsgegner und verwirft die Bezeichnung der anfechtbaren Handlung als unwirksam, weil diese Bezeichnung zu der irrtümlichen Auffassung verleite, dass die erfolgreichen Anfechtungen dingliche Wirkungen haben.[3]) Die „Unwirksamkeit" der angefochtenen Rechtshandlung darf nun allerdings nicht als eine dingliche aufgefasst und demgemäss angenommen werden, der Anfechtungsgegner bleibe zwar an sich Eigentümer der zurückzugewährenden Sache, Gläubiger der Forderung u. s. w., werde aber im Verhältnis zu den Konkursgläubigern nicht als solcher behandelt. Die Rückgewähr erfolgt nicht, weil der zurückzugewährende Gegenstand noch dem Gemeinschuldner gehört, sondern obgleich er demselben nicht mehr gehört.[4]) Es tritt überhaupt nicht Unwirksamkeit der Rechtshandlung selbst, geschweige denn eine Unwirksamkeit dieser Handlung ex tunc ein. Sonst würde die Anfechtung ein Aussonderungsrecht begründen und müssten alle Veräusserungen eines dritten gutgläubigen Erwerbers gleichfalls der Anfechtung unterliegen, was nach § 33 ausgeschlossen ist.[5]) Vielmehr sollen nur die wirtschaftlichen Folgen der anfechtbaren Handlung beseitigt werden.[6]) Von einer Unwirksamkeit der Rechtshandlung, welche als solche von Anfang an wirksam war und trotz der erfolgreichen Anfechtung im allgemeinen rechtswirksam bleibt, kann nur in dem Sinne gesprochen werden, dass der Anfechtungsgegner sich dem siegreichen Anfechtungsberechtigten gegenüber nicht mit Erfolg auf die angefochtene Rechtshandlung berufen kann. In diesem Sinne hat die „Unwirksamkeit" aber auch eine rechtliche Bedeutung. Nur besteht dieselbe nicht in der Verneinung früher eingetretener Rechtsfolgen, sondern in der Begründung eines zu diesen hinzutretenden Rechtsverhältnisses. Wie der Zweck des Anfechtungsrechtes hauptsächlich in der Verpflichtung zur Rückgewähr besteht, so bildet diese auch den eigentlichen Gegenstand des Anfechtungsanspruchs. Zwar lässt sich der Umfang der erwähnten Verpflichtung nicht aus der „Unwirksamkeit" der angefochtenen Rechtshandlung ableiten. Aber diese Verbindlichkeit besteht nur unter der Voraussetzung, dass sich der Anfechtungsgegner dem Anfechtungsberechtigten gegenüber nicht mit Erfolg auf die angefochtene Rechtshandlung berufen kann. Auch wird durch das zur Rückgewähr verurteilende Erkenntnis wie durch jede Verurteilung zu einer Leistung zugleich das dem Anspruch zu Grunde liegende Rechts-

[1]) So noch Fitting § 18 S 161. V. dagegen Windscheid Bd. I § 116 Anm. 2 und Menzel S. 14 § 2 Anm. 12.

[2]) V. Cosack S. 238 ff.; Fuchs S. 44; Grützmann S. 227; Jäckel S. 144; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV. S. 51 ff.; Otto S. 176; v. Sarwey S. 147; Stieglitz S. 127; v. Völderndorff Bd. I. S. 310, 311; Willenbücher S. 46; v. Wilmowski S. 123.

[3]) So Menzel S. 10 ff. und S. 22; Mandry S. 476.

[4]) V. Cosack S. 240 Z. 3; Eccius Bd. I. S. 774 § 114 Anm. 23; Harburger S. 385; Hartmann S. 24, 25; Jäckel S. 155 unten; Korn S. 250; Menzel S. 10 und 22; Otto S. 18; R.-G. (I.) 19. Mai und 20. Juni 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 228, Entsch. Bd. X. S. 10 u. 11; R.-G. (II.) 20. Jan. 1885 Entsch. Bd. XIII. S. 5, wo erkannt wurde, dass die erfolgreiche Anfechtung einen Aussonderungsanspruch nicht begründe; bayer. oberstes Landesg. 27. Sept. 1886 in Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 168 ff. u. in der Sammlung Bd. XI. S. 485 ff.; O.-L-G. Hamburg 20. Febr. 1883 u. O.-L-G. Kiel 17. Nov. 1884 in Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 27 ff. und Bd. 40 Nr. 204 S. 305, letztere Entscheidung auch im Schlesw.-Holst. Anz. 1885 S. 22. A. M: Fitting, der S. 162 ff. § 18 Anm. 2 für die dingliche Wirkung der Anfechtung eintritt.

[5]) V. Korn S. 233 und Otto S. 176.

[6]) V. R.-G. (II.) 30. Okt. 1885, jur. Wochenschr. 1885 S. 354, 355.

verhältnis festgestellt, dessen Inhalt darin besteht, dass sich der Anfechtungsgegner dem Anfechtenden gegenüber nicht auf die Wirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung berufen kann. Dass er dies nicht thun darf, ist nur die nächste Wirkung der erfolgreichen Anfechtung. Eine weitere Wirkung bildet der Anspruch auf Rückgewähr. [1])

3) Die anfechtbaren Rechtshandlungen sind nach § 22 „den Konkursgläubigern gegenüber" unwirksam. Andere Personen, insbesondere der Gemeinschuldner, können sich, so lange der Konkursverwalter vom Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht, auf diese Unwirksamkeit nicht berufen. Ihnen gegenüber bleibt die anfechtbare Handlung jedenfalls dann in voller Kraft, wenn der nach § 29 der Konkursordnung allein zur Anfechtung befugte Konkursverwalter das Anfechtungsrecht nicht ausübt. Aber auch wenn derselbe den Anfechtungsanspruch mit Erfolg geltend macht, kann sich deshalb ein Dritter nicht ohne weiteres darauf berufen, dass die angefochtene Rechtshandlung unwirksam sei, denn diese Unwirksamkeit ist, wie oben (Bem. III. 2) dargelegt wurde, nicht dinglicher Natur, sondern besteht nur darin, dass sich der Erwerber oder Anfechtungsgegner dem Verwalter gegenüber nicht auf die anfechtbare Handlung als eine wirksame berufen darf. Es kann z. B., wenn der Konkursverwalter einem auf ein Pfandrecht gestützten Absonderungsanspruch gegenüber von dem Anfechtungsrecht mit Erfolg Gebrauch gemacht hat, nicht ein anderer Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht demjenigen des Anfechtungsgegners nachsteht, diesem gegenüber die Unwirksamkeit seines Pfandrechtes behaupten und dem Konkursverwalter gegenüber geltend machen, er sei nun an die Stelle des früheren Pfandgläubigers gerückt, auf solche Weise aber der Konkursmasse die in dieselbe zu leistende Rückgewähr entziehen. Im Verteilungsverfahren ist dem Pfandgläubiger, dessen Pfandrecht mit Erfolg angefochten wurde, ungeachtet dieser Anfechtung Anweisung zu erteilen. Den angewiesenen Betrag hat aber der Konkursverwalter zu erheben. In anderer Weise kann hier die Rückgewähr nicht erfolgen. [2]) Ebenso kann nicht der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens sich dem Anfechtungsgegner gegenüber darauf berufen, dass die mit Erfolg angefochtene Handlung auch für ihn selbst unwirksam sei. [3]) Vielmehr muss derselbe es sich gefallen lassen, dass sein Vertragsgegner sich ihm gegenüber auf das bestehende Vertragsverhältnis beruft und seine Ansprüche aus demselben, z. B. wegen Entwährung des ihm verkauften Gegenstandes geltend macht. [4])

Dessenungeachtet darf man nicht sagen, dass die erfolgreiche Anfechtung lediglich die Konkursmasse berühre und Dritten gegenüber niemals Wirkungen äussern könne. Durch die Rückgewähr zur Konkursmasse (§ 30) welche weitergehende Wirkungen als die auf Grund des § 7 des Anfechtungsgesetzes erfolgende hat, [5]) werden nämlich Rechtsverhältnisse geschaffen, welche ihre Wirkungen auch auf Dritte erstrecken. Die nach § 30 zurückzugewährenden Gegenstände werden infolge der Rückgewähr ein Bestandteil der Konkursmasse, welche zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Dieser wird infolge der durch Urteil erzwungenen oder zur Vermeidung des Anfechtungsprozesses oder der Zwangsvollstreckung freiwillig vorgenommenen Rückübertragung Eigentümer der zurückgewährten Gegenstände, Gläubiger bezüglich der durch

[1]) Eine Verbindung der in Frage stehenden Auffassungen hat auch Hartmann Vorbem. S. 24, 25 verlangt.

[2]) V. Eccius Bd. I. S. 782 ff. bes. S. 784 § 114 Nr. 7; v. Wilmowski S. 125 Nr. 3 a. E. O.-L.-G. Dresden in Wengler, Archiv N. F. Bd. VIII. S. 785 ff.; R.-G. (VI.) v. 22. Dez. 1887, jur. Wochenschr. 1888 S. 69, 70. A. M.: Cosack S. 350.

[3]) v. Wilmowski S. 124; Cosack S. 240, 326; Fitting S. 162 § 18 Anm. 2; Völderndorff Bd. I. S. 310, 139; R.-G. (II.) 14. März 1882, Entsch. Bd. VII. S. 35.

[4]) v. Wilmowski S. 124; Cosack S. 327. A. M.: Fitting S. 163 § 18 Anm. 3 a. E.

[5]) V. dagegen Loth. Seuffert: Zur Gesch. u. Dogm. d. deutsch. Konkursr. S. 82 ff., der im Widerspruch mit der herrschenden Meinung die Identität der Rückgewähr in beiden Fällen behauptet.

die angefochtene Rechtshandlung untergegangenen Forderung u. s. w. Die Rückgewähr erfolgt allerdings nur zum Zweck der Verwertung der in Frage stehenden Gegenstände im Interesse der Gläubiger. Allein der Anfechtungsgegner bleibt nicht bis zur Versilberung Eigentümer der zurückgegebenen Gegenstände. Vielmehr werden diese wieder mit dem Vermögen des Gemeinschuldners — der Konkursmasse — vereinigt und vom Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. II. 1 zu § 5) veräussert. Ebenso wird, wenn die Rückgewähr, durch Ersatzleistung erfolgt, weil sich die veräusserte Sache nicht mehr im Vermögen des Anfechtungsgegners befindet, die an den Konkursverwalter bezahlte Summe zunächst Bestandteil der Konkursmasse, also Eigentum des Gemeinschuldners und wird als solches verteilt. Der Konkursverwalter überträgt, wenn er die zurückgewährten Gegenstände veräussert, namens des Gemeinschuldners, nicht namens des Anfechtungsgegners, der das habere licere nicht mehr gewähren kann, das Eigentum an die neuen Erwerber, denen gegenüber der Anfechtungsgegner nicht geltend machen darf, er sei noch Eigentümer geblieben. [1]) Diese Erwerber sind aber auch nicht Rechtsnachfolger der Konkursgläubiger, in deren Vermögen die zurückgewährten Gegenstände niemals gelangen.

IV. Art und Weise der Geltendmachung des Anfechtungsrechtes.

1) Für die Geltendmachung der Anfechtung ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Vielmehr hat es in dieser Beziehung bei den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bezw. der C.-P.-O. sein Bewenden. Daraus ergiebt sich, dass es zur Geltendmachung der Anfechtung nicht notwendig einer Klage bedarf, sondern das Anfechtungsrecht auch auf dem Wege der Einrede oder der Replik ausgeübt werden kann. Nicht einmal gerichtliche Geltendmachung ist erforderlich. Vielmehr genügt die dem Erwerber gegenüber aussergerichtlich abgegebene Erklärung des Konkursverwalters, dass er eine bestimmt bezeichnete Rechtshandlung anfechte. [2]) Leistet der Anfechtungsgegner auf die blosse Erklärung des Konkursverwalters hin, ohne eine gerichtliche Entscheidung abzuwarten, so übernimmt er allerdings die Gefahr, dass ihm in einem späteren Prozess mit dem Gemeinschuldner, insbesondere wenn er sich diesem gegenüber auf die stattgehabte Entwährung beruft, der Einwand entgegengehalten wird, die Anfechtung sei ohne Grund erfolgt.

2) Falls der Konkursverwalter in der Lage ist, die Anfechtung auf dem Wege der Klage geltend zu machen, hat er unzweifelhaft das Recht, zunächst gemäss § 231 C.-P.-O. auf Feststellung der Unwirksamkeit zu klagen, und wenn er damit durchgedrungen ist, den Anspruch, der sich aus der Unwirksamkeit der in Frage stehenden Rechtshandlung ergiebt, geltend zu machen. Die Klage auf Feststellung wird genügen, wo eine Leistung an den Konkursverwalter nicht zu bewirken, sondern nur ein untergegangenes Forderungsrecht wieder herzustellen oder ein vom Gemeinschuldner eingeräumter Anspruch für unwirksam zu erklären ist. Diese Klage ist auf positive Feststellung eines Rechtsverhältnisses des Inhalts gerichtet, dass sich der Anfechtungsgegner dem Konkursverwalter gegenüber, d. h., soweit es sich um die Konkursmasse handelt, nicht auf die angefochtene Rechtshandlung berufen dürfe. Der Konkursverwalter kann aber auch das Anfechtungsrecht sofort durch eine Klage auf Leistung der Rückgewähr geltend machen. In diesem Falle muss der Klageantrag gemäss § 230 Z. 2 der C.-P.-O. den Gegenstand und die Art der Rückgewähr genau bezeichnen. Es kann ferner vorkommen, dass der Konkursverwalter, weil er von

[1]) So auch Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XIV. S. 48 ff. V. dagegen Cosack S. 240 Z. 2; Fuchs S. 44; v. Sarwey S. 148 unten; v. Völderndorff Bd. I. S. 304 Nr. VI.; v. Wilmowski S. 123 u. 124.

[2]) V. Cosack S. 219 ff.; Frohmann S. 41; Petersen a. a. O. S. 38; O.-L.-G. Karlsruhe 28. Sept. 1882, bad. Ann. Bd. 49 S. 29 ff.

der anfechtbaren Handlung keine Kenntnis hat oder dieselbe mit Rücksicht auf andere Umstände für nichtig hält, seine Klage lediglich auf das Eigentum des Gemeinschuldners stützt und, wenn ihm die anzufechtende Handlung mittels Einrede entgegengehalten wird, auf dem Wege der Replik das Anfechtungsrecht geltend macht. Hiezu ist er berechtigt. Auch kann eine Klageänderung in diesem Verfahren nicht gefunden werden, weil der bisherige Klagegrund bleibt und die Entscheidung über die Replik nicht in Rechtskraft erwächst, bei der Klageänderung aber vorausgesetzt wird, dass über einen neuen Anspruch eine der Rechtskraft fähige Entscheidung herbeigeführt werden soll. [1])

3) Das Anfechtungsrecht wird nach § 29 vom Konkursverwalter ausgeübt. Es ist gegen denjenigen zu richten, in dessen Vermögen auf Grund der anfechtbaren Handlung ein Gegenstand gelangt ist, der zur Konkursmasse (nach § 30) zurückgewährt werden soll. Eine Zuziehung des Gemeinschuldners findet nicht statt. Auch kann die in den Motiven (S. 113, 114) aufgestellte Behauptung, die Zuziehung des Gemeinschuldners sei zwar nicht erforderlich, aber das Anfechtungsrecht richte sich materiell gegen denselben, obgleich es gegen ihn nicht ausgeübt werde, nicht als richtig angesehen werden. Da der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners die Rückgewähr zur Konkursmasse verlangt, kann sich die Anfechtung nicht gegen den letzteren richten. Anders liegt die Sache, wenn der Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens als Rechtsnachfolger eines Dritten einen Vermögensgegenstand erwirbt, welcher zur Masse zurückgewährt werden soll. Hier steht der Gemeinschuldner dem Konkursverwalter als Erwerber gegenüber. Es handelt sich um die Frage, ob ein Gegenstand zur Konkursmasse zu ziehen sei oder dem Gemeinschuldner, der nur, soweit es sich um die Konkursmasse handelt, vom Verwalter vertreten wird, [2]) persönlich angehört. (V. Bem. II. 1 zu § 5 S. 32.)

4) Die Anfechtungsklage ist im allgemeinen Gerichtsstande des Anfechtungsgegners zu erheben, soweit nicht ein anderer Gerichtsstand nach der C.-P.-O. begründet ist, z. B. § 24 dieses Gesetzbuches Anwendung findet. Im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung (§ 32 C.-P.-O.) kann dann die Klage erhoben werden, wenn der Grund der Anfechtung darin besteht, dass die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte und der Erwerb als ein rechtswidriger anzusehen ist, also nach den obigen Ausführungen (Bem. III. 1 S. 99), nur wenn die Anfechtung auf § 24 Z. 1 gestützt wird, ausserdem wenn der Konkursverwalter in einem bestimmten Falle den Nachweis führen kann, dass der Erwerb als eine unerlaubte Handlung anzusehen ist. Letzteres kann auch dann der Fall sein, wenn eine in betrügerischer Absicht vorgenommene unentgeltliche Verfügung in Frage steht. Mit Rücksicht auf die Gefahr, dass die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts zurückgewiesen wird, wenn eine unerlaubte Handlung nicht vorliegt, empfiehlt es sich übrigens unter allen Umständen, die Klage nicht im Gerichtsstand des § 32 zu erheben. Auch im Gerichtsstand des § 690 der C.-P.-O. kann die Anfechtung geltend gemacht werden, wenn der Konkursverwalter in der Lage ist, auf Grund des Anfechtungsrechtes Widerspruch gegen eine Pfändung zu erheben. [3]) Ebenso kann § 765 der C.-P.-O. zur Anwendung kommen. [4]) Dagegen ist die Erhebung der Anfechtungsklage im Gerichtsstande des § 29 dieses Gesetzbuches ausgeschlossen, weil die

[1]) V. Cosack S. 223; Otto S. 162, 163; Petersen a. a. O. S. 40; Stieglitz S. 129 Nr. II. Anm. e.; v. Wilmowski S. 125; v. Völderndorff Bd. I. S. 400; R.-G. (VI.) 2. Nov. 1887, jur. Wochenschr. 1888 S. 17. A. M. sind: Grützmann S. 221; von Sarwey S. 152 Anm. *; Wengler S. 192, 193.

[2]) Vgl. Fuchs S. 54; Grützmann S. 208; Korn S. 155; v. Wilmowski S. 126, 127.

[3]) V. Meisner S. 130 a. E.; Stieglitz S. 169 § 28 Nr. II. 4; v. Wilmowski S. 126 Nr. 4; R.-G. (V.) 3. Nov. 1880 in Seuffert, Arch. Bd. 36 Nr. 169 S. 251, (VI.) 9. Mai 1887, Entsch. Bd. XVIII. S. 394; O.-L.-G. Karlsruhe 14. Juni 1880, bad. Ann. Bd. 46 S. 178.

[4]) V. Jäckel S. 182.

Anfechtung nicht die Aufhebung eines Vertrages bezweckt. (Bem. III. 2.)[1] Ebenso kann von einer Klage im Gerichtsstande der belegenen Sache (§ 25 C.-P.-O.) nicht die Rede sein, weil es sich bei der Anfechtung nur um Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs handelt, dieselbe also nie als dingliche Klage angesehen werden kann.[2])

§ 23.

Anfechtbar sind:

1. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, wenn dem anderen Teile zu der Zeit, als er das Geschäft einging, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war, sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren, wenn dem Gläubiger zu der Zeit, als die Handlung erfolgte, die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war;
2. die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, dass ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

(E. § 23; M. S. 117 ff.; K. S. 20 ff.; pr. K.-O. §§ 100 und 101.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Sowohl in Nr. 1 als in Nr. 2 des § wird im Unterschied von den §§ 24 und 25 an die Ereignisse angeknüpft, aus denen sich das Recht auf konkursmässige d. h. gemeinsame und verhältnismässige Befriedigung ergiebt, nämlich an die Zahlungseinstellung und an den Eröffnungsantrag. Nach Nr. 1 können gewisse Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen angefochten werden, wenn sie zwar vor der Konkurseröffnung, aber nach der

[1]) V. Eccius Bd. I. S. 774 § 114 Anm. 23; Hartmann, Vorbem. S. 27, 28; Jäckel S. 185; Menzel S. 296; Petersen a. a. O. S. 63; Stein in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 413. A. M. Cosack S. 226 Nr. 6; Otto S. 200; v. Wilmowski S. 127 Nr. 5.

[2]) V. Cosack S. 226.

Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgten, und es wird die Anfechtung mit Rücksicht auf die Benachteiligung der Konkursgläubiger gestattet. In allen Fällen, in denen die Anfechtung auf Grund der Nr. 1 erfolgt, muss demjenigen, welcher nach Eintritt der in Frage stehenden Ereignisse ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner einging bezw. dem Konkursgläubiger, welchem nach diesem Zeitpunkte noch Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde, nachgewiesen werden, dass ihm bei Vornahme der Rechtshandlung die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Ausserdem kommt hier die Vorschrift des § 26 in Betracht, nach welcher die Zahlungseinstellung nur dann berücksichtigt wird, wenn sie nicht früher als sechs Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten ist. Durch die Vorschrift in Nr. 2 werden solche Rechtshandlungen für anfechtbar erklärt, welche eine Benachteiligung der Konkursgläubiger durch Begünstigung eines oder mehrerer derselben auf Kosten der übrigen enthalten. Auch hier wird, wie im letzten Satz der Nr. 1, vorausgesetzt, dass einem Konkursgläubiger Befriedigung oder Sicherstellung gewährt wurde. Diese Voraussetzung genügt aber nicht. Vielmehr ist weiter erforderlich, dass der Gläubiger die gewährte Befriedigung oder Sicherstellung gar nicht oder doch nicht in der Art oder zu der Zeit zu beanspruchen hatte, in welcher ihm dieselbe gewährt wurde. Liegt dieses Erfordernis vor, so ist die Anfechtung auch dann gestattet, wenn die in Frage stehende Handlung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag erfolgte. Ausserdem kann der begünstigte Konkursgläubiger nicht verlangen, dass ihm die Kenntnis der Zahlungseinstellung bezw. des Eröffnungsantrages nachgewiesen werde, sondern er muss, um die Anfechtung abzuwenden, nachweisen, dass er weder diese Thatsachen, noch die Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kannte. Die Vorschrift in Nr. 1 entspricht der des § 100, die in Nr. 2 der des § 101 der pr. Konkursordnung.

2) Wie schon bei § 22 (Bem. III. 1) ausgeführt wurde, sind nach den §§ 23—25 anfechtbare Handlungen im allgemeinen nicht als unerlaubte Handlungen anzusehen; eine unerlaubte Handlung liegt vielmehr nur dann vor, wenn nachgewiesen ist, dass der Gemeinschuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, handelte und dass dem Anfechtungsgegner diese Absicht bekannt war. (§ 24 Z. 1.) Diese Ansicht bedarf hier noch weiterer Begründung; insbesondere ist die geschichtliche Entwickelung des neueren über die actio Pauliana hinausgehenden Anfechtungsrechtes eingehender zu erörtern, als es bereits in den Vorbemerkungen (S. 86, 87) geschehen konnte. Die Vorschriften der §§ 23—25 entsprechen im wesentlichen den Bestimmungen der pr. Konkursordnung (§§ 100—103) und diese sind unbestritten den Vorschriften des französischen Fallimentsgesetzes vom Jahre 1838 (Art. 446—448) nachgebildet. Es ist also von Interesse, zu wissen, wie die letzteren Bestimmungen entstanden sind und welche Bedeutung dieselben haben. In dieser Beziehung steht aber fest, dass durch das Fallimentsgesetz von 1838 im wesentlichen die in dem Code de commerce (von 1808) enthaltenen sehr strengen Vorschriften gemildert werden sollten. Bis zum Jahr 1702 hatte in Frankreich im allgemeinen die im römischen Rechte geltende Auffassung die Herrschaft behauptet; insbesondere hatte eine Ordonnanz vom Jahr 1673 lediglich die „en fraude des créanciers“ vorgenommenen Veräusserungen u. s. w. für ungültig erklärt. Nur in Lyon galt seit dem Jahre 1667 ein „Reglement“, das im Anschluss an die Rechtsentwickelung in den oberitalienischen Städten alle in den letzten zehn Tagen vor der Bekanntmachung des Falliments vorgenommenen Rechtshandlungen für nichtig erklärte. Die in Lyon geltenden Bestimmungen, nach welchen das entscheidende Gewicht auf die Zeit der Vornahme der Handlung fiel, wurden nun aber im Jahre 1702 auf ganz Frankreich ausgedehnt und der nämliche Grundsatz liegt im allgemeinen auch den Vorschriften des Code de commerce zu Grund. [1]) Nach der hienach im französischen Rechte herrschenden Auffassung

[1]) Vgl. Rénouard, traité des faillites Bd. I. S. 345 ff.; Goltdammer, pr. K.-O. S. 248 ff.; Motive zur K.-O. S. 96 ff.

war, soweit die Gültigkeit der von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Handlungen in Frage stand, von vornherein nicht der Tag der Fallimentserklärung, sondern der Tag der Zahlungseinstellung massgebend. Die Wirkungen der Fallimentserklärung wurden, wie dies gewöhnlich ausgedrückt wird, ebenso wie nach dem älteren englischen Rechte auf den Tag der Zahlungseinstellung zurückbezogen, oder richtiger gesagt, der die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners ausschliessende Fallimentszustand trat nicht erst mit der Fallimentserklärung ein, welche nur deklarative Wirkung hatte, sondern mit der Zahlungseinstellung. Das Gericht hatte festzusetzen, wann der Schuldner in Fallimentszustand geraten sei, und konnte den Zeitpunkt dieser Fallimentseröffnung nicht bloss auf mehrere Jahre, sondern auf einige Jahrzehnte zurückdatieren. Ausserdem wurde vorgeschrieben, dass die in den zehn Tagen vor dem Ausbruch des Falliments vorgenommenen Handlungen zum Teil, nämlich soweit es sich um unentgeltliche Verfügungen handelte, ohne weiteres ungültig sein sollten, zum Teil für ungültig zu erklären seien, sofern sie die Merkmale des Betrugs an sich trügen. (Art. 444.) Bezüglich der gewöhnlichen, innerhalb der zehn Tage vorgenommenen Handelsgeschäfte und Verbindlichkeiten wurde bei dem Gemeinschuldner eine betrügerische Absicht vermutet, während dem Dritten diese Absicht nachgewiesen werden musste. (Art. 445.) Die innerhalb der zehn Tage erfolgten verfrühten Zahlungen mussten ohne weiteres zurückgewährt werden. (Art. 446.) Daneben wurden die in der Absicht der Benachteiligung der Gläubiger vorgenommenen Handlungen für nichtig erklärt. (Art. 447.) Den auf die zehn Tage bezüglichen Vorschriften liegt unzweifelhaft die Auffassung zu Grund, dass die so kurz vor dem Ausbruch des Falliments erfolgten Rechtshandlungen sehr häufig in der Absicht vorgenommen würden, die Gläubiger zu benachteiligen. Dessenungeachtet können aber die nach den Bestimmungen des Code anfechtbaren Handlungen nur insoweit als unerlaubte Handlungen angesehen werden, als die Absicht der Benachteiligung der Gläubiger bezw. die Kenntnis derselben den Thatbestand der Anfechtbarkeit bildete. Die in den zehn Tagen vorgenommenen verfrühten Zahlungen konnten ebensowenig wie die unentgeltlichen Verfügungen als unerlaubt gelten, da es bei deren Anfechtung auf die Absicht des Gemeinschuldners ebensowenig wie darauf ankam, ob der Dritte von den schlechten Vermögensverhältnissen des Gemeinschuldners Kenntnis hatte, das gesetzgeberische Motiv aber nicht die Folge haben kann, dass solche Handlungen, zu deren Thatbestand Arglist nicht gehört, als unerlaubte anzusehen sind. In Ansehung der nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Handlungen konnte von dem Thatbestand eines Delikts nicht die Rede sein, weil dieselben infolge der Rückziehung der Fallimentserklärung als ungültig anzusehen waren, also dasselbe Verhältnis bestand, wie es in Ansehung der nach der Konkurseröffnung vorgenommenen Handlungen gemäss § 6 der deutschen Konkursordnung besteht.[1]) Die im Code geltenden Vorschriften haben nun die Sicherheit des Verkehrs in hohem Grade gefährdet; es wurden deshalb in dem Fallimentsgesetze vom Jahre 1838 zwar nicht, wie es vielfach verlangt worden war, die Vorschriften des römischen Rechtes wieder hergestellt, aber doch zwischen diesem und dem Code vermittelnde Anordnungen getroffen. Zufolge derselben sind (nach Art. 446) die freigebigen Verfügungen, die verfrühten Zahlungen, die durch Hingabe an Zahlungsstatt u. s. w. gewährten Befriedigungen, sowie die Pfandbestellungen, wenn diese Handlungen in den zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung erfolgten, kraft Gesetzes ungültig, ohne dass in dieser Beziehung etwas auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Vermögenslage ankommt. Dagegen können (gemäss Art. 447) die übrigen Zahlungen und entgeltlichen Rechtsgeschäfte für ungültig erklärt werden, wenn sie nach der Zahlungseinstellung vorgenommen wurden und der Anfechtungsbeklagte von dieser Kenntnis hatte. Daneben kommt Art. 1167 des Code civil, der die in fraudem creditorum vorgenommenen Handlungen für anfechtbar erklärt, zur Anwendung. Bei dieser

[1]) Vgl. Dalloz und Vergé, Code de commerce Art. 447 Nr. 3 ff.

Gesetzgebung ist offenbar der Grundsatz, dass bezüglich der Gleichstellung der Gläubiger der Tag der Zahlungseinstellung der entscheidende Zeitpunkt sei, festgehalten und ebenso die erfahrungsgemäss feststehende Thatsache berücksichtigt worden, dass kurz vor der Zahlungseinstellung noch häufig Versuche gemacht werden, die Gläubiger zu benachteiligen oder einzelne Gläubiger zu begünstigen. Es wurde aber anerkannt, dass diese Gesichtspunkte nicht überall durchschlagend seien, vielmehr auch darauf Rücksicht genommen werden müsse, dass der Dritte in gutem Glauben gehandelt haben könne und dieser gute Glaube wenigstens in gewissen Fällen zu schützen sei. Die ersten Gesichtspunkte wurden bei Art. 446 festgehalten, bei dem nach den obigen Ausführungen wegen des rein objektiven Thatbestandes die Annahme einer unerlaubten Handlung ausgeschlossen ist, obgleich bei der Vorschrift die Erwägung, dass die in den zehn Tagen vorgenommenen Zahlungen u. s. w. im Zweifel auf einer Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht beruhe, auch in Betracht kam, weshalb die unter Art. 446 fallenden Handlungen häufig als „présumés fraudulés" bezeichnet werden. Dagegen war bei Art. 447 die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit und den zu schützenden guten Glauben massgebend. Daraus folgt aber nicht, dass die nach Art. 447 anzufechtenden Handlungen als Delikte anzusehen sind, denn aus der Kenntniss der Zahlungseinstellung lässt sich keineswegs schliessen, dass der Dritte auch eine Benachteiligungs- oder Begünstigungsabsicht des Falliten, welche überhaupt nicht vorzuliegen braucht, gekannt hat. Auch liegt dem Gesetze selbst nicht die Auffassung zu Grund, aus der Kenntnis der Zahlungseinstellung ergebe sich ohne weiteres eine rechtswidrige Absicht, denn der Beweis dieser Kenntnis berechtigt zwar das Gericht zur Ungültigerklärung, verpflichtet aber nicht hiezu. In Frankreich besteht allerdings Meinungsverschiedenheit darüber, ob nach Art. 447 ganz allgemein das „diskretionäre Ermessen" der Gerichte massgebend sei oder ob es lediglich auf den Beweis der Kenntnis der Zahlungseinstellung ankomme. Aber seit langer Zeit ist in der Rechtsprechung die Auffassung zur Herrschaft gelangt, dass die Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht gleichbedeutend sei mit „mauvaise foi", diese vielmehr etwas Weiteres voraussetze und nur bei dem Nachweis ihrer besonderen Merkmale als vorhanden angenommen werden dürfe, so dass auch ein ungeachtet solcher Kenntnis abgeschlossenes Geschäft oder eine mit dieser Kenntnis angenommene Zahlung in gutem Glauben erfolgt und gültig sein könne.[1]) Wenn die preussische Konkursordnung auf dieser Grundlage weiter baute und dem entsprechende Vorschriften traf, darf demnach nicht ohne weiteres angenommen werden, dass die anzufechtende Handlung auch dort als Delikt im Sinne des Gesetzes anzusehen war, wo eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners und die Kenntnis derselben nicht nachgewiesen zu werden brauchte. Auch ergiebt sich dies nicht aus den Materialien zur preussischen Konkursordnung, welche vielmehr nur erkennen lassen, dass die thatsächlich bestehenden Verhältnisse berücksichtigt und im Hinblick auf die Häufigkeit von Benachteiligungen der Gläubiger, denen mit der actio Pauliana nur selten beizukommen war, strengere Vorschriften für notwendig gehalten wurden. Dieses gesetzgeberische Motiv berechtigt aber nicht und zwingt jedenfalls nicht zur Annahme, dass die anfechtbaren Handlungen als Delikte oder Quasidelikte behandelt werden sollten. Auch war das keineswegs die herrschende Meinung. Das frühere preussische Obertribunal hat diese Auffassung allerdings nur auf Grund seiner besonderen Ansicht über die Natur der Anfechtung für ungerechtfertigt erklärt. Aber auch von anderer Seite wurde dieselbe verworfen. Insbesondere bemerkten Wentzel und Klose (S. 59) ausdrücklich, der bedeutendste Fortschritt der preussischen Konkursordnung bestehe darin, dass mit Ausnahme der Veräusserungen an Verwandte die Anfechtbarkeit nicht davon abhängig sei, dass

[1]) Vgl. Dalloz und Vergé, Code de commerce Art. 447 Nr. 73 ff., bes. Nr. 97—99; ferner Urt. des Kass.-Hofs vom 12. Febr. 1844, 17. April 1861, 6. Juli 1864, 9. Dez. 1868, 28. Juni 1875; Sirey, Recueil Bd. 44 I. S. 219, Bd. 61 I. S. 610, Bd. 64 I. S. 384, Bd. 69 I. S. 117, Dalloz, Périod. Bd. 75 I. S. 469.

der Dritte sich in dolo oder culpa befinde, vielmehr die Anfechtung auch dann erfolgen könne, wenn der Dritte in bona fide gewesen sei. Dieser Äusserung liegt, wie die Ausführungen auf S. 57 erkennen lassen, die Auffassung zu Grund, es werde in dem Gesetze nicht ein dolus präsumiert oder fingiert, sondern man habe sich zu den strengeren Vorschriften nur deshalb entschlossen, weil man von den Erfahrungen darüber ausgegangen sei, was im Leben täglich geschehe. Sie hat aber umsomehr Gewicht, als Wentzel Berichterstatter der II. Kammer war. Das R.-O.-H.-G. hat allerdings in einem Urteil vom 6. Juni 1873 (Entsch. Bd. 10 S. 248) ausgesprochen, in § 101 Z. 3 pr. Konkursordnung werde der Beweis einer unredlichen Absicht nur deshalb nicht gefordert, weil ein solcher als bereits geliefert angesehen werde. Aber es hat in späteren Urteilen (Entsch. Bd. 21 S. 418 und Bd. 25 S. 33 ff.) ausgeführt, zur Begründung einer Schadenersatzpflicht könne diese gesetzlich präsumierte fraus, da ein positiver dolus nicht vorliege, nicht angerufen werden, auch sei die mit Erfolg angefochtene Rechtshandlung nicht als unerlaubte Handlung im Sinne des pr. A. L.-R. (I. 3 § 35) anzusehen. Aus den Vorschriften der preussischen Konkursordnung, bezüglich deren derselbe Streit bestand, welcher heute noch fortdauert, kann also nicht gefolgert werden, dass dem § 23 die gesetzliche Vermutung zu Grund liege, der Anfechtungsgegner habe von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis gehabt. Aus der Vorschrift selbst und deren Zweck lässt sich aber eine derartige gesetzliche Vermutung, die nirgends ausgesprochen worden ist, gleichfalls nicht entnehmen. Dem § 23 liegt offenbar ebenso wie den entsprechenden Vorschriften des französischen und preussischen Rechtes die Auffassung zu Grund, dass die Konkursgläubiger gleichmässig befriedigt und bezüglich dieser Gleichstellung, sofern eine Zahlungseinstellung stattgefunden hat, regelmässig nicht erst der Tag der Konkurseröffnung, sondern der Zeitpunkt massgebend sein soll, in welchem die Zahlungseinstellung erfolgte, und sonst der Tag des Eröffnungsantrages. Der Grundsatz soll jedoch nach § 23 Z. 1 nur insoweit zur Anwendung kommen, als dem Anfechtungsgegner die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Wenn diese Voraussetzung vorliegt, soll der Anfechtungsgegner zur Rückgewähr verpflichtet sein. Aus der Auferlegung dieser Verpflichtung folgt aber nicht, dass die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte anzusehen ist, wo immer die Verpflichtung zur Rückgewähr besteht. (§ 30.) Zahlungseinstellung führt nicht notwendig zur Konkurseröffnung; vielmehr kann diese noch auf verschiedene Weise, z. B. durch das Eingreifen der Verwandten, verhindert werden. Ja es kann sogar die anfechtbare Handlung bestimmt sein, den Konkurs abzuwenden. Aus der Kenntnis der Zahlungseinstellung kann deshalb nicht mit Sicherheit auf das Vorhandensein einer rechtswidrigen Absicht geschlossen werden. Soweit es sich um Z. 2 handelt, liegt dem Gesetz ohne Zweifel die Vermutung zu Grund, schon vor der öffentlichen Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrag werde sich die ungünstige Vermögenslage in der Regel erkennen lassen, und die Gewährung einer Sicherung, auf welche ein rechtlicher Anspruch nicht bestehe, verstärke diese Vermutung. Deshalb wurde für die unter Z. 2 gehörigen Fälle die Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt, sofern Anfechtungsgegner nicht den in Z. 2 vorgesehenen Beweis erbringe. Aber auch in solchen Fällen braucht mala fides nicht notwendig bei dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner vorzuliegen, weil hier ebenfalls nicht feststand, dass es zur Konkurseröffnung kommen müsse und der Anfechtungsgegner auch den Fall in Betracht ziehen durfte, dass der Konkurs noch abgewendet werden könnte. In den Motiven zur Konkursordnung wurde (S. 105 ff.) allerdings die Verletzung des sogen. „Konkursanspruchs" als widerrechtliche oder unerlaubte Handlung bezeichnet. Aber diese Ausführungen haben im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und verlieren ihre Bedeutung, dadurch, dass der Begriff „Konkursanspruch" sich als unhaltbar erweist. Ein solcher Konkursanspruch besteht zur Zeit der Zahlungseinstellung überhaupt nicht. (Bem. I. 1 zu § 2.)

Zudem ist auch in der Reichstagskommission eine ganz andere Auffassung hervorgetreten. Mit Rücksicht auf einen von Goldschmidt gestellten, später abgelehnten Antrag,

nach welchem die Reihenfolge der §§ derart geändert werden sollte, dass § 24 die erste, § 25 die zweite, § 23 die dritte Stelle erhalte, und welcher den Zweck hatte, zu zeigen, dass drei verschiedene, nicht nach gleichen Grundsätzen zu behandelnde Fälle vorlägen, wurde nämlich in der Reichstagskommission von einem Regierungskommissär (Hagens) bemerkt, die Anfechtungsgründe des § 23 seien nicht als ein Ausfluss der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage, nicht als eine Art von Betrug anzusehen, sondern sollten einen selbständigen, lediglich aus dem Konkursverhältnis entnommenen Anfechtungsgrund enthalten; der dem § zu Grund liegende Gedanke sei der, dass — von Einzelheiten abgesehen — alle nach der Zahlungseinstellung trotz Kenntnis derselben vorgenommenen Rechtshandlungen anfechtbar sein sollten. (K. S. 19, 20.) Diese Erklärungen, mit denen sich der Inhalt und die Stellung des § im Einklang befindet, sprechen entschieden für die oben dargelegte Auffassung, nach welcher in den Fällen des § 23 nicht unerlaubte Handlungen in Frage stehen, sondern die Benachteiligung der Gläubiger im wesentlichen mit Rücksicht auf die Zeit, zu welcher die Rechtshandlung vorgenommen wurde bezw. auf den Mangel eines Anspruchs auf die gewährte Befriedigung oder Sicherung für ungerechtfertigt gehalten, und deshalb für anfechtbar erklärt worden ist. Daraus, dass in den unter Z. 2 gehörigen Fällen der Nachweis des guten Glaubens gegen die Anfechtung Schutz gewährt, folgt auch keineswegs, dass jeder, der diesen Nachweis nicht erbringt, im Sinne des Gesetzes als bösgläubig anzusehen ist, da die Anfechtung auch dann gestattet ist, wenn der Anfechtungsbeklagte nicht in der Absicht gehandelt hat, die Gläubiger zu benachteiligen. Ist doch in § 23 Z. 2 nicht einmal die nachgewiesene Kenntnis der Zahlungseinstellung Voraussetzung der Anfechtbarkeit.[1]) Auch auf Seite des Gemeinschuldners wird eine Benachteiligungsabsicht oder eine bewusste Rechtsverletzung in § 23 nicht vorausgesetzt.[2]) Vielmehr genügt hier überall die Kenntnis der im Gesetz als erheblich bezeichneten Thatsachen auf seite des Erwerbers.

Eine zeitliche Schranke wird der Anfechtung auf Grund des § 23 durch § 26 der Konkursordnung gezogen.

3) Zu welcher Zeit der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens (§§ 95 ff.) bei Gericht eingebracht wurde, ist leicht festzustellen. Nicht dasselbe gilt aber von der Zahlungseinstellung, welche, da der Zeitpunkt derselben nicht im Eröffnungsbeschluss in allgemein gültiger Weise festzustellen ist, abgesehen von dem in § 185 der Konkursordnung vorgesehenen Falle, für welchen das Gesetz selbst die Entscheidung getroffen hat, in jedem Prozesse, in dem es auf die Zeit derselben ankommt, besonders nachgewiesen werden muss. Von diesem Zeitpunkte ist derjenige zu unterscheiden, in welchem der Schuldner den Entschluss zur Zahlungseinstellung gefasst hat. Letzterer Zeitpunkt ist nicht massgebend.[3]) Die Ansicht des Konkursgerichts, welches einen früheren Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zurückgewiesen hat, ist selbstverständlich für das Prozessgericht nicht bindend.[4]) Auch kommt es nicht darauf an, wie der Gemeinschuldner selbst seine Lage aufgefasst, oder ob er sich diese überhaupt klar gemacht hat.[5]) Endlich ist auch die

[1]) V. Cosack S. 18, 19, 126, 182, 207; Dernburg Bd. II. S. 323, 325 § 128 Anm. 18; Eccius Bd. I. S. 774 § 114 Anm. 23. A. M.: Fuchs S. 46, 48; Fitting S. 136 § 15 Anm. 1; Grützmann S. 143 ff. und 177; Korn S. 254, 255; Mandry S. 469, 470; Meisner S. 114, 116; Otto S. 18 u. 23 ff.; v. Sarwey S. 133 ff.; Stieglitz S. 131, 140; v. Wilmowski S. 129, 132, 135, 139. In letzterem Sinne hat sich auch das R.-O.-H.-G. V. Entsch. Bd. 10 S. 249 Bd. 14 S. 324 u. Bd. 17 S. 324, ferner R.-G. (II.) in zwei Urt. vom 16. Juni 1883 und 20. Febr. 1884, Entsch. Bd. X. S. 334, jur. Wochenschr. 1884 S. 110 ausgesprochen. V. dagegen Urt. des I. Civils. vom 25. Nov. 1882, Entsch. Bd. X. S. 325.

[2]) V. v. Wilmowski S. 132; Fitting S. 149 § 16 Anm. 16. A. M.: Mandry S. 463, 469.

[3]) Urt. des bayer. obersten Landesg. v. 23. Dez. 1881, Sammlung Bd. IX. S. 439.

[4]) V. Korn S. 119; v. Wilmowski S. 118 Nr. 2. A. M. Stieglitz S. 132.

[5]) R.-G. (I.) 15. Nov. 1884, Bolze Bd. I. Nr. 2168.

Vorschrift des § 26 der Konkursordnung ohne Bedeutung für die Feststellung des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung. Aus derselben darf nicht gefolgert werden, dass als Zeitpunkt der Zahlungseinstellung nicht ein Tag, welcher vor der in dieser vorgesehenen sechsmonatlichen Frist gelegen ist, angenommen werden dürfe.[1])

Die Zahlungseinstellung kann zwar durch eine einzelne bestimmt wahrnehmbare und unzweideutige Handlung z. B. durch eine offene den Gläubigern gegenüber abgegebene Erklärung erfolgen. Das ist jedoch keineswegs notwendig der Fall oder auch nur die Regel. Vielmehr wird die Feststellung derselben meistens auf Schlussfolgerungen aus anderen Thatsachen beruhen. Im allgemeinen ist festzuhalten, dass die Zahlungseinstellung lediglich als Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit in Betracht kommt, und die Verweigerung der Zahlung deshalb nur in solchen Fällen als Zahlungseinstellung zu betrachten ist, in welchen angenommen werden muss, dass dieselbe in der Unfähigkeit, Zahlung zu leisten, ihren Grund habe.[2]) Wird die Zahlung verweigert, weil die in Frage stehende Forderung bestritten wird, so ist darin an sich keine Zahlungseinstellung zu finden; doch kann, wenn es später zum Konkurs kommt, aus den Umständen gefolgert werden, dass die Bestreitung der Forderung nur zum Schein erfolgte und die Verweigerung der Zahlung in Wirklichkeit im Zahlungsunvermögen ihren Grund hatte. Dieses Zahlungsunvermögen kann übrigens auch dann vorhanden sein, wenn das vorhandene Vermögen an und für sich zur Bezahlung der vorhandenen Schulden ausreicht, und nur wegen Mangels an flüssigen Mitteln oder an Kredit die Zahlungen eingestellt werden mussten. Umgekehrt kann jemand zahlungsfähig sein und seine Zahlungen fortsetzen, obgleich die vorhandenen Schulden das Aktivvermögen übersteigen.[3]) Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit decken sich also keineswegs immer. Die Zahlungseinstellung, welche sich hienach, abgesehen von einer ausdrücklichen darauf gerichteten Erklärung des Gemeinschuldners, auf verschiedene Weise, insbesondere durch Protestierung von Wechseln, erfolglose Durchführung eines Vollstreckungsverfahrens, durch Flucht oder plötzliche Abreise in Verbindung mit anderen verdächtigen Umständen[4]) u. s. w. unter besonderen Verhältnissen, namentlich bei dem Kaufmann, auch durch einfache Zahlungsverweigerung kundgeben kann, muss eine allgemeine in dem Sinne sein, dass die Thatsache der Zahlungseinstellung erkennen lässt, es liege nicht bloss eine Zahlungsstockung vor und es solle nicht eine einzelne bestimmte Zahlung unterbleiben, vielmehr könne überhaupt keine Zahlung mehr geleistet werden.[5]) Der Beweis, dass eine vollständige Zahlungseinstellung erfolgte, kann jedoch schon durch eine einzige Zahlungsverweigerung geliefert,[6]) auch kann eine solche angenommen werden, obgleich noch

[1]) R.-G. (I.) 25. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 110.

[2]) V. R.-O.-H.-G. 6. Mai 1875, Entsch. Bd. 10 S. 66; R.-G. (V.) 19. April 1882, (I.) 22. Dez. 1884, (VI.) 9. Juni 1886, Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 831, Bolze Bd. I. Nr. 2196 und Bd. III. Nr. 1510, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 167 ff., bayer. oberstes Landesg. 2. Nov. 1881 u. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. IX. S. 317, Bd. X. S. 130, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 481; O.-L.-G. Dresden 23. Mai 1881, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 253 ff.; O.-L.-G. Hamburg 26. Okt. 1881, ebendas. S. 252.

[3]) R.-O.-H.-G. 6. Mai 1873 u. 17. Juni 1874, Entsch. Bd. 10 S. 167, Bd. 13 S. 436; O.-L.-G. Hamburg in Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123.

[4]) R.-G. (V.) 19. April 1882 u. 8. April 1885, Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 831, Bolze Bd. I. Nr. 2170 u. 2171; O.-L.-G. Jena in den Bl. für Rechtspfl. Bd. 29 S. 253, Bd. 30 S. 85.

[5]) R.-G. (I.) 22. Febr. 1882, (V.) 19. April 1882, (II.) 12. u. 15. Mai 1885, (V.) 28. Okt. u. 25. Nov. 1885, (VI.) 9. Juni 1886, (III.) 5. April 1887, Entsch. Bd. VI. S. 95, Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 831, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. I. Nr. 2173, Bd. II. Nr. 1985, 1986, Bd. III. Nr. 1510, Bd. IV. Nr. 1571; bayer. oberstes Landesg. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. X. S. 13; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123.

[6]) R.-G. (II.) 15. Mai und 25. Sept. 1885, (VI.) 24. Febr. 1887, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. I. Nr. 2172, Bd. II. Nr. 1984, Bd. IV. Nr. 1572; O.-L.-G. Nürnberg 1. Juni 1881, Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 134.

vereinzelte Zahlungen geleistet wurden, die vielleicht nur in der Absicht, die vorhandene Vermögensunzulänglichkeit zu verdecken, ihren Grund hatten. Die Allgemeinheit der Zahlungseinstellung hängt nicht von dem Verhältnis zwischen den befriedigten und den unbefriedigten Forderungen nach Zahl und Grösse derselben ab. Insbesondere kann es hierauf nicht ankommen, wenn einzelne grössere Beträge nur mit Rücksicht auf eine drohende Pfändung bezahlt wurden.[1]) Der Umstand, dass der Gemeinschuldner bis zur Konkurseröffnung fortgefahren hat, Zahlungen „in dem Umfange zu leisten, in welchem es ihm seine Mittel gestatteten", schliesst die Annahme einer Zahlungseinstellung nicht aus.[2]) Im einzelnen Falle wird es immer auf die Umstände sowie auf die Anschauung des Verkehrslebens[3]) ankommen, und eine Zahlungseinstellung bei dem Kaufmann, der immer bereite Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten haben soll, leichter anzunehmen sein als bei dem Landwirt u. s. w. Insbesondere kommt es bei dem Kaufmann nicht darauf an, ob aus der gegebenen Sachlage jeder Dritte mit Sicherheit die allgemeine Zahlungseinstellung zu erkennen vermag. Vielmehr ist die Auffassung der kaufmännischen Kreise entscheidend. Auf eine Zahlungseinstellung kann aus einem die Geschäftsehre oder den Kredit des Kaufmannes verletzenden Handeln oder Unterlassen geschlossen werden.[4]) Dass es nicht bloss auf die Erfüllung oder Nichterfüllung von kaufmännischen Verbindlichkeiten (Handelsschulden) ankommt, ergiebt sich schon aus dem Erfordernis der Allgemeinheit der Zahlungseinstellung. Die besonderen Verhältnisse des Schuldners werden regelmässig erkennen lassen, ob eine frühere Zahlungseinstellung in derjenigen Zahlungsunfähigkeit, die zur Eröffnung des Konkurses führte, ihren Grund hatte und nur zeitweise wieder verdeckt worden ist, oder ob die damals vorhandene Zahlungsunfähigkeit wieder beseitigt wurde, und andere Ursachen später neuerdings zur Zahlungseinstellung führten. (V. auch M. S. 323 ff. und Bem. zu § 94.)[5])

Wenn auf eine Zahlungseinstellung hin der Konkurs eröffnet, dann aber das Konkursverfahren eingestellt wurde, so wirkt die Zahlungseinstellung dessenungeachtet fort, falls später das Verfahren wieder fortgesetzt und inzwischen eine Wiederaufnahme der Zahlungen nicht erfolgt ist.[6])

4) Fällt die angefochtene Rechtshandlung auf den Tag der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrags, so ist nur dann anzunehmen, dass dieselbe nach der Zahlungseinstellung bezw. nach dem Eröffnungsantrage vorgenommen worden sei, wenn sie erst zum Abschlusse gelangte, nachdem eine jener Thatsachen eingetreten war. Der Zeitpunkt des Eintritts dieser Thatsachen ist dann genau festzustellen. Die in § 6 aufgestellte Vermutung ist hier nicht massgebend.[7])

Soweit zur Anfechtbarkeit vorausgesetzt wird, dass der Anfechtungsgegner von der Zahlungseinstellung oder von dem Eröffnungsantrag Kenntnis gehabt hat (§ 23 Nr. 1),

[1]) R.-O.-H.-G. 17. Juni 1874, Entsch. Bd. 13 S. 436; R.-G. (I.) 22. Febr. 1882, (II.) 23. Jan. 1883 u. 15. Mai 1885, (VI.) 9. Juni 1886, Entsch. Bd. VI. S. 95; Bl. für Rechtsanw. IV. Erg.-Bd. S. 205, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 365, Bolze Bd. III. Nr. 1510; bayer. oberstes Landesg. 2. Nov. 1881 u. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. IX. S. 317, Bd. X. S. 13, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 481; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 123; O.-L.-G. Nürnberg 1. Juni 1881, Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 134; O.-L.-G. Zweibrücken in Puchelts Zeitschr. Bd. 14 S. 139.

[2]) A. M. O.-L.-G. Hamburg a. a. O.

[3]) R.-G. (VI.) 9. Juni 1886, Bolze Bd. III. Nr. 1510.

[4]) R.-G. (II.) 23. Juni 1883, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 205.

[5]) Mit den obigen Ausführungen stimmen im wesentlichen überein: Cosack S. 176 ff.; Fitting S. 279, 280 § 35 Anm. 4; Frohmann S. 21, 22; Fuchs S. 115; Korn S. 119; Menzel S. 178, 179; Otto S. 118, 119; v. Sarwey S. 153, 154, 578 ff.; Stieglitz S. 456 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 316, Bd. II. S. 166 ff.; Willenbücher S. 148, 149; v. Wilmowski S. 301, 302, 304, 305.

[6]) O.-L.-G. Darmstadt 5. Juni 1883, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 255.

[7]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 316.

muss nach den bezüglich der Stellvertretung geltenden Grundsätzen auch die Kenntnis des Stellvertreters genügen.[1]) Bei Unkenntnis des Stellvertreters ist übrigens auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners genügend, sofern diese so zeitig vorhanden war, dass derselbe den Stellvertreter noch veranlassen konnte, von dem Rechtsgeschäfte abzustehen. (V. Bem. I. 3 zu § 6.)[2])

Der nach § 23 Z. 2 den Anfechtungsgegner von der Haftung befreiende Beweis der Unkenntnis erweitert sich hienach im Falle einer Stellvertretung dahin, dass weder er selbst noch der Stellvertreter von den erheblichen Thatsachen Kenntnis gehabt hat.[3]) Wurde die Rechtshandlung durch einen Geschäftsführer ohne Auftrag vorgenommen, so entscheidet der Zeitpunkt der Genehmigung.[4]) Die Kenntnis des Geschäftsführers hat jedoch dieselbe Wirkung wie wenn derselbe als beauftragter Vertreter gehandelt hätte. Wer als Stellvertreter gilt, ist im allgemeinen nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Der Prozessbevollmächtigte ist jedenfalls als Stellvertreter anzusehen.[5]) Auch der Gerichtsvollzieher muss aber, soweit es sich um die Anfechtung handelt, als Stellvertreter des die Pfändung betreibenden Gläubigers gelten, obgleich er seine Befugnis zu deren Vornahme nicht vom Gläubiger ableitet. Er handelt zwar in dieser Beziehung als Organ der Staatsgewalt, aber er schreitet doch im Auftrag des Gläubigers zur Pfändung und ist beim Erwerbe des Pfandrechtes als dessen Beauftragter und Bevollmächtigter anzusehen. Seine Kenntnis von der Zahlungseinstellung u. s. w. schadet sonach dem Gläubiger, dessen Pfandrecht angefochten wird.[6])

Soweit es sich um die Kenntnis von dem Eröffnungsantrag handelt, kommt es nicht darauf an, ob der Anfechtungsgegner gerade denjenigen Antrag kannte, auf Grund dessen das Konkursverfahren eröffnet wurde. Es genügt vielmehr die Kenntnis von irgend einem Eröffnungsantrag.[7]) Die in Frage stehende Kenntnis muss, abgesehen vom Falle der Stellvertretung, bei dem Anfechtungsgegner in dem Augenblicke vorhanden gewesen sein, in welchem die anzufechtende Rechtshandlung vorgenommen wurde. Der Umstand, dass die Kenntnis zu derjenigen Zeit vorhanden war, zu welcher der Erwerber von der Zuwendung (z. B. einer Pfändung) Kenntnis erhielt, kann die erwähnte Kenntnis nicht ersetzen. In einem solchen Falle fehlte es zur Zeit der Rechtshandlung immerhin an dem zur Anfechtung erforderlichen Thatbestand.[8])

[1]) So auch: Cosack S. 95; Hartmann S. 103 ff.; Jäckel S. 74, 75; Korn S. 165 (wenigstens soweit es sich um die gesetzlichen Vertreter handelt); Menzel S. 97 ff; Otto S. 117; Stieglitz S. 139; v. Völderndorff Bd. I. S. 324; Willenbücher S. 50; v. Wilmowski S. 133. Vgl. ferner R.-G. (II.) 17. März 1882, (III.) 17. Nov. 1885, (V.) 17. Febr. 1886, (II.) 15. Febr. 1887, Entsch. Bd. VII. S. 37, 38; Bolze Bd. II. Nr. 585, 586; Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 316; jur. Wochenschr. 1887 S. 109.

[2]) Vgl. Cosack S. 95; Jäckel S. 74, 75; Korn a. a. O.; Menzel S. 95; v. Völderndorff Bd. I. S. 316, 317, 324; v. Wilmowski S. 133.

[3]) Stieglitz S. 144; Willenbücher S. 50 Nr. 4 b.

[4]) V. Menzel S. 97.

[5]) Cosack S. 187; v. Völderndorff Bd. I. S. 324; v. Wilmowski S. 133; R.-G. (II.) 17. März 1882 und (I.) 8. April 1885, Entsch. Bd. VII. S. 37, 38; Bolze Bd. I. Nr. 538; bayer. oberstes Landesg. 13. Okt. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 127 ff.

[6]) V. Urt. der verein. Civils. des R.-G. vom 10. Juni 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 396 ff. und die dort auf S. 405 angeführte Litteratur, ferner Cosack S. 187; Dernburg Bd. II. S. 325 § 128 Anm. 18; Willenbücher S. 50; v. Wilmowski S. 133; Jastrow im Arch. für civ. Pr. Bd. 68 S. 370. A. M. sind: Eccius Bd. I. S. 352; Hartmann S. 106; Korn S. 55, 167; Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 97; v. Sarwey S. 196; v. Völderndorff Bd. III. S. 174. Im entgegengesetzten Sinne hatte der III. Civils. des R.-G. am 5. Juni 1883 entschieden. V. in diesem Sinne auch Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 384 u. 483.

[7]) V. Cosack S. 178.

[8]) A. M. Cosack S. 104.

Zum Beweis der Kenntnis kann der Konkursverwalter dem Anfechtungsgegner einen Eid zuschieben, da diese Kenntnis für letzteren Gegenstand eigener Wahrnehmung ist.[1]) Dagegen kann der Anfechtungsgegner nicht dem Verwalter einen Eid zuschieben, um seine Unkenntnis nachzuweisen, weil diese für den Konkursverwalter weder Gegenstand seiner Handlungen noch seiner Wahrnehmung sein kann.[2]) Soweit es sich um die Feststellung der Thatsache sowie der Zeit der Zahlungseinstellung, nicht bloss um Kenntnis derselben handelt, ist die Eideszuschiebung an den Anfechtungsgegner regelmässig nicht geeignet, diesen Beweis zu erbringen, da es sich hiebei nicht um eine Thatsache im Sinne des § 410, sondern um eine Beurteilung handelt, welche dem Gerichte zusteht. (V. Anm. 1 u. Bem. I. 3 zu § 24.)

II. Benachteiligungen ungeachtet der Kenntnis von dem drohenden Konkurse.

1. Der Begriff „Rechtsgeschäft".

In Z. 1 Satz 1 wird ein vom Gemeinschuldner eingegangenes Rechtsgeschäft vorausgesetzt, durch dessen Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden. Mit Rücksicht darauf scheiden hier alle reinen, auch die prozessualen Unterlassungen aus, da solche wohl als Rechtshandlungen, nicht aber als Rechtsgeschäfte angesehen werden können.[3]) Ferner bleiben aber auch einseitige Rechtsgeschäfte teilweise, nämlich, soweit sie als unentgeltliche Verfügungen unter § 25 fallen, hier ausser Betracht, weil es bei denselben, wie bei einseitigen Verzichten u. s. w., an dem im Gesetze vorausgesetzten andern Teile fehlt, welcher „das Geschäft einging". Besonders gehören Zahlungen nicht hierher.[4]) Als Rechtsgeschäfte im Sinne der in Frage stehenden Vorschrift sind hienach nur Verträge anzusehen, welche der Gemeinschuldner abgeschlossen hat. Nur sie lassen sich als Rechtsgeschäfte bezeichnen, welche von demselben „mit einem anderen Teile eingegangen" wurden. Auch eine stillschweigende Übereinkunft bildet aber einen Vertrag. Deshalb genügt sowohl für die Beteiligung des Gemeinschuldners wie für die des anderen Teils ein bewusstes Dulden und Geschehenlassen, das in Verbindung mit dem Verhalten des anderen Teils ein stillschweigendes Übereinkommen darstellt. Kenntnis der benachteiligenden Wirkungen des Rechtsgeschäftes oder auch nur das Bewusstsein davon, dass dieselben eintreten werden, ist nicht erforderlich.[5])

Verfügungen über Grundstücke werden, soweit sie als Rechtsgeschäfte in dem dargelegten Sinne anzusehen sind, auch dann durch die in Frage stehende Vorschrift betroffen, wenn das Gesetz sonst das Vertrauen auf das Grundbuch schützt. Dieselben sind als anfechtbar erklärt, weil die darin enthaltene Benachteiligung der Konkursgläubiger bei der gegebenen Sachlage als eine ungerechtfertigte gilt, und diese Anfechtung äussert gegenüber dem Teilnehmer an der Schädigung ihre Wirkung, auch wenn er die Benachteiligung nicht beabsichtigte oder sich derselben nicht bewusst war. Der gute Glaube an das Grundbuch wird geschützt, um die Gläubiger vor Schaden zu bewahren, nicht um ihre Schädigung zu ermöglichen. Dies würde aber geschehen, wenn zugunsten des Anfechtungsgegners der

1) V. Otto S. 191; Willenbücher S. 50 Nr. 4 b.; v. Wilmowski S. 133.

2) v. Wilmowski S. 140.

3) Cosack S. 168; Grützmann S. 155; Frohmann S. 13.

4) V. Grützmann S. 155; Krasnopolski in Gruchots Zeitschr. Bd. XV. S. 50; v. Sarwey S. 155; Stieglitz S. 132 Nr. III.; Willenbücher S. 49; v. Wilmowski S. 130 Nr. 2 b. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 317 und Cosack S. 169, der insbesondere die Zahlungen hierher zieht.

5) Vgl. Fitting S. 149 § 16 Anm. 16; Frohmann S. 13, 14; Mandry S. 469 § 50 Anm. 19; Otto S. 118; Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 165; v. Völderndorff Bd. I. S. 323; v. Wilmowski S. 132 Nr. 4. A. M. Grützmann S. 173 ff.

Inhalt der öffentlichen Bücher massgebend wäre.[1]) Wird das Rechtsgeschäft Dritten gegenüber erst durch Eintragung in das Grundbuch oder Hypothekenbuch wirksam, so genügt es übrigens nicht, dass diese Eintragung in die nach dem Gesetz entscheidende Zeit fällt, denn die Kenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag muss zur Zeit des Vertragsabschlusses vorliegen. Dies ist aber nicht der Fall, wenn derselbe vor dem fraglichen Zeitpunkte erfolgte.[2])

2. *Benachteiligung der Konkursgläubiger.*

Die zur Anfechtung vorausgesetzte Benachteiligung, welche immer vorliegt, wenn die Konkursmasse durch das Rechtsgeschäft geschmälert wird,[3]) muss „durch die Eingehung des Rechtsgeschäfts" d. h. durch den Abschluss des Vertrags herbeigeführt worden sein, welcher dem Gemeinschuldner ein genügendes Entgelt nicht gewährt. Anscheinend wird zwar die Verminderung der Masse erst durch die Erfüllung des Rechtsgeschäftes bewirkt. In Wirklichkeit tritt dieselbe aber schon infolge der durch den Vertrag begründeten Verpflichtung zu einer Leistung ein, welche deshalb durch die Anfechtung beseitigt werden soll. Wo nicht eine Benachteiligung „durch Eingehung des Rechtsgeschäfts", sondern nur eine Benachteiligung infolge eines Geschäftes oder einer Rechtshandlung vorausgesetzt wird, kann diese durch das Rechtsgeschäft oder die Rechtshandlung in Verbindung mit anderen Umständen durch nachträglichen Untergang oder sonstigen Verlust des dem Gemeinschuldner gewährten Entgelts oder durch Entwertung desselben herbeigeführt werden und mit Rücksicht darauf die Anfechtung gerechtfertigt sein. Eine derartige Schädigung der Konkursgläubiger genügt aber nicht, wo schon die Eingehung des Rechtsgeschäftes, wie es hier der Fall ist, die Benachteiligung enthalten muss. Hier kommt es vielmehr lediglich auf den Zustand an, welcher durch den Abschluss des Vertrages und die in demselben begründete Leistungspflicht geschaffen wurde. Die nachträglich eingetretenen Änderungen kommen nicht in Betracht. Der andere Teil wird nicht dadurch zur Rückgewähr verpflichtet, dass nachträglich der von ihm gewährte Gegenstand untergeht, entwertet wird u. s. w.[4]) Die entgegengesetzte Auffassung kann auch sehr leicht zur Schädigung der Gläubiger führen, indem durch die Furcht vor der Verpflichtung zur Rückgewähr ein für den Gemeinschuldner und die Gläubiger vorteilhaftes Geschäft z. B. der günstige Verkauf eines Hauses, mit dessen Erlös die Gläubiger befriedigt werden könnten, verhindert wird.

Ob eine Benachteiligung vorliegt, ist nicht vom subjektiven Standpunkte des Gemeinschuldners aus, sondern nach rein sachlichen Erwägungen unter Berücksichtigung des Einflusses zu beurteilen, den das Geschäft auf den Stand der Befriedigungsmasse ausübt. Es sind deshalb nicht bloss solche Verträge anfechtbar, bei deren Eingehung es von vornherein feststeht, dass dem Gemeinschuldner eine entsprechende, d. h. für die Befriedigung der Konkursgläubiger gleichwertige Gegenleistung nicht zugesichert wird, z. B. Kauf, Tausch, Mietverträge, Darlehensverträge mit übermässig hohem Zinsversprechen. Vielmehr unterliegen auch gewagte Geschäfte insbesondere Spiel und Wette der in Frage stehenden

[1]) V. Sarwey S. 156, 157; Stieglitz S. 136 Nr. III. 4; v. Völderndorff Bd. I. S. 320; Wilbücher S. 49 unten; v. Wilmowski S. 130 unten.

[2]) v. Völderndorff Bd. I. S. 336; v. Wilmowski S. 130. A. M. Cosack S. 179 und v. Sarwey S. 165.

[3]) V. insbes. Grützmann S. 173 ff. u. 184.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 13. März 1885 (zu § 3 Z. 2 Anf.-Ges.), Entsch. Bd. XIII. S. 41; Fitting S. 149; Menzel S. 164, 165; v. Sarwey S. 154; Stieglitz S. 133; Cosack S. 63, 75, 76. A. M. sind Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 36 u. 51; Korn S. 185; R.-G. (III.) 5. April 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 364.

Anfechtung, wenn das Geschäft selbst mit Rücksicht auf die vorhandenen Vermögensverhältnisse oder auf die Wahrscheinlichkeit von Gewinn oder Verlust als ein ungünstiges anzusehen ist. Bei Versicherungsverträgen, insbesondere bei Lebensversicherungen, wird eine Benachteiligung durch „Eingehung des Rechtsgeschäfts“ nur dann anzunehmen sein, wenn die Gegenleistung ungenügend ist. Dagegen wird bei Spiel und Wette in der Regel eine Benachteiligung anzunehmen sein, sofern ein Verlust eingetreten ist. Die blosse Möglichkeit eines Gewinnes kann nicht die Wirkung haben, dass das Geschäft selbst als nicht benachteiligend angesehen wird. Der eingetretene Verlust, den die Parteien in den Bereich ihrer Verabredungen gezogen und als mögliche Folge des Geschäftes gewollt hatten, unterscheidet sich wesentlich von dem zufälligen Untergang und der Verschlechterung der Sache, für welche der Anfechtungsbeklagte nach den obigen Darlegungen nicht zu haften hat. Das gewagte Geschäft wegen der vorhanden gewesenen Möglichkeit eines Verlustes auch dann als benachteiligend anzusehen, wenn es einen solchen nicht herbeigeführt hat, ist nicht gerechtfertigt. [1]) In einem solchen Falle wird aber auch der Konkursverwalter nicht auf den Gedanken kommen, das Geschäft anzufechten.

Ob durch den in der Wechselbegebung enthaltenen Vertrag eine Benachteiligung der Konkursgläubiger in dem angegebenen Sinne herbeigeführt worden ist, lässt sich ohne Kenntnis des die Begebung veranlassenden Geschäftes nicht beurteilen. Die Ausstellung des Wechsels enthält an sich eine solche Benachteiligung nicht. [2]) Auch wenn angenommen wird, dass die nach § 134 der Konkursordnung zu erhebende Feststellungsklage nach den §§ 555 und 565 nicht im Urkundenprozess erhoben werden kann, [3]) liegt darin eine Benachteiligung nicht, weil vor rechtskräftiger Feststellung der Forderung im Nachverfahren eine Befriedigung des Wechselgläubigers nicht erfolgen würde. Wenn der Konkursverwalter aber gegenüber dem Wechselinhaber die Anfechtbarkeit des dem Wechsel zu Grund liegenden Geschäftes nicht geltend machen kann, weil der Wechsel in eine andere Hand übergegangen ist, so hat dies nicht in dem ursprünglichen Geschäft, sondern in der Weiterbegebung des Wechsels seinen Grund. Der Wechselbegebungsvertrag unterliegt hienach nur dann der Anfechtung, wenn durch denselben für eine anfechtbare Verpflichtung des Gemeinschuldners Deckung gewährt werden soll. In der Regel kann die Anfechtung nur gegenüber demjenigen Wechselinhaber erfolgen, welcher mit dem Gemeinschuldner das anfechtbare Grundgeschäft abgeschlossen hat. [4]) Die weiteren Wechselbegebungen bilden keine vom Gemeinschuldner eingegangenen Rechtsgeschäfte, können sonach nur insoweit durch die Anfechtung betroffen werden, als die Voraussetzungen des § 33 vorliegen. (V. Bem. 3 zu § 33.)

Die Benachteiligung muss die Konkursgläubiger treffen, d. h. deren Befriedigung aus der Konkursmasse verhindern oder doch schmälern. Zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung gab es zwar solche ebensowenig wie einen Gemeinschuldner. Der Ausdruck wurde aber gewählt, weil § 23 zu seiner Anwendung die nachträgliche Konkurseröffnung voraussetzt. Werden durch die anfechtbare Handlung lediglich Absonderungsberechtigte betroffen, welche nicht aus der Konkursmasse, sondern aus dem Absonderungsgegenstande Befriedigung suchen, so ist die Anfechtung durch den Konkursverwalter ausge-

[1]) Vgl. Cosack S. 76 Nr. 2; Frohmann S. 17. A. M. sind: Dernburg Bd. II. S. 334 § 128 Anm. 8; Fitting S. 150 § 16 Anm. 17; v. Sarwey S. 155; Stieglitz S. 133; v. Völderndorff Bd. I. S. 117 Anm. 14.

[2]) V. Dernburg Bd. II. S. 324 § 128 Anm. 8; Grützmann S. 167; Hartmann S. 99, 100; Otto S. 57; v. Sarwey S. 143 ff.; Stieglitz S. 134; Wengler S. 189; v. Wilmowski S. 122. A. M. Jäckel S. 63; Meves S. 35; v. Völderndorff Bd. I. S. 318 ff.; Frohmann S. 17.

[3]) V. Petersen C.-P.O. §§ 565 ff. Bem. I. S. 820 und die dort angegeb. Litteratur, ferner: Stein, Urkunden- und Wechselprozess S. 51, 190 u. 351.

[4]) v. Sarwey S. 144; Stieglitz S. 134; v. Wilmowski S. 122.

schlossen.[1] Auch die Benachteiligung von Aussonderungsberechtigten, oder von anderen Personen, welche nicht Konkursgläubiger sind, kann die Anfechtung nicht rechtfertigen.

3. Benachteiligung durch Sicherung oder Befriedigung.

Einen besonderen Fall der Benachteiligung ungeachtet der Kenntnis von dem drohenden Konkurse trifft der zweite Satz der Z. 1, nach welchem jede einem Konkursgläubiger gewährte Sicherung oder Befriedigung der Anfechtung unterliegt, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder nach dem Eröffnungsantrag erfolgt ist und der Gläubiger von diesen Thatsachen Kenntnis gehabt hat. An sich liegt in der Annahme dessen, worauf der Gläubiger einen Anspruch hatte, eine ungerechtfertigte Benachteiligung der übrigen Gläubiger und eine Verletzung der Rechte derselben nicht. War aber zur Zeit der Annahme schon diejenige Thatsache eingetreten, an welche das Gesetz die Gleichstellung der Gläubiger d. h. die gemeinsame verhältnismässige Befriedigung knüpft, so tritt die Benachteiligung der übrigen Gläubiger zutage und diese gilt als ungerechtfertigt, wenn der Gläubiger zur Zeit der Annahme der Sicherung von jener Thatsache Kenntnis hatte. Die Wirkungen, welche sonst erst die Konkurseröffnung hat, werden in diesem Falle in gewissem Masse schon mit der Zahlungseinstellung und dem Eröffnungsantrag verbunden, indem der Gläubiger zur Rückgewähr angehalten werden kann. Eine Benachteiligungsabsicht seitens des Gemeinschuldners wird hier ebensowenig wie in Satz 1 der Z. 1 vorausgesetzt. Auch braucht der Konkursverwalter nicht den Beweis zu erbringen, dass durch die gewährte Befriedigung oder Sicherung die übrigen Konkursgläubiger benachteiligt worden sind, denn solche Rechtshandlungen bewirken immer eine Schmälerung der Masse, wenn nicht besondere Verhältnisse vorliegen, welche der Anfechtungsgegner darlegen muss. Ein solches Verhältnis besteht z. B., falls die Befriedigung als Leistung „Zug um Zug" auf Grund eines nicht nach Satz 1 der Z. 1 anfechtbaren Geschäftes erfolgt. Enthält das Geschäft selbst eine Benachteiligung nicht, so ist eine solche auch nicht in der Erfüllung enthalten. Das Geschäft darf unter dieser Voraussetzung nicht auf einem Umweg der Anfechtung unterworfen werden. Übrigens erfolgt die Leistung in einem solchen Falle auch nicht an eine Person, welche, wenn das Konkursverfahren schon eröffnet wäre, Konkursgläubiger sein würde.[2] Auch wenn durch die Tilgung einer Verbindlichkeit ein Pfand frei wird, dessen Wert demjenigen der Zahlung entspricht, kann diese letztere eine Benachteiligung enthalten, sofern der verpfändete Gegenstand nachträglich untergeht oder eine Wertverminderung erfährt.[3] Der Anfechtung nach Satz 2 sind nicht bloss Rechtsgeschäfte, sondern alle Rechtshandlungen unterworfen, welche einem Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung gewähren. Als Befriedigung gilt jede Erfüllung einer Verbindlichkeit insbesondere die Zahlung einer Schuld und die Hingabe an Zahlungsstatt. Ob die Schuld fällig ist oder nicht, kommt hier nicht in Betracht. Sicherung liegt in jeder Gewährung von Schutz gegen die Gefahr der Nichtbefriedigung. Doch wird auch hier vorausgesetzt, dass durch die Sicherung die Konkursgläubiger benachteiligt werden, d. h. das Vermögen des Gemeinschuldners geschmälert oder belastet wird. Die Sicherung durch Bestellung eines Bürgen unterliegt deshalb der Anfechtung nicht. Den Hauptfall der anfechtbaren Sicherung bildet die Verpfändung. Doch gehören auch diejenigen Rechtshandlungen hierher, durch welche es dem Gläubiger ermöglicht wird, sich ein Pfand zu verschaffen, insbesondere die Erteilung einer vollstreckbaren Urkunde,[4] sowie

[1]) Cosack S. 169, 174; Stieglitz S. 137; v. Völderndorff Bd. I. S. 327, 328; v. Wilmowski S. 134. A. M. Fitting S. 150 § 16 Anm. 18.

[2]) Vgl. Cosack S. 172, 173; Grützmann S. 171.

[3]) Vgl. dag. Cosack S. 190.

[4]) Hartzfeld S. 501; Mandry S. 470; R.-G. (III.) 29. Jan. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 91.

die durch prozessuale Handlungen oder Unterlassungen bewirkte Einräumung eines anderen vollstreckbaren Titels[1]) bezw. eines Urteils, das eine gerichtliche Hypothek gewährt. (Art. 2123 des Code civil.)[2]) Ob die gewährte Befriedigung oder Sicherung zu der Zeit und in der Art gefordert werden durfte, in welcher sie erlangt wurde, ist, soweit es sich um die Anwendung von Z. 1 des § handelt, gleichgültig. Es kann deshalb auch eine Sicherung, welche sich den Gläubigern auf Grund des durch § 3 des Einführungsgesetzes aufrechterhaltenen Art. 29 der W.-O. verschafft hat, angefochten werden, sofern dieselbe nicht in unanfechtbarer Weise, z. B. durch Bürgschaftsleistung gewährt wurde, sondern die Voraussetzungen der Z. 1 vorliegen. Ein Anspruch auf eine derartige Sicherung, wie ihn Art. 29 für nicht fällige Forderungen im Falle des Konkurses gewährt, kann auch in anderen Fällen bestehen. Ein solcher Anspruch, durch welchen die Forderung der fälligen Forderung gleichgestellt wird, schliesst aber die Anfechtung nach Z. 1 nicht aus.[3]) Gleichgültig ist es auch, ob die Befriedigung oder Sicherung von dem Gemeinschuldner freiwillig gewährt wurde, oder gegen den Willen desselben im Wege gerichtlichen Zwanges erfolgte. (Vgl. § 28 und Bem. III. 2.) Um dies bestimmter zum Ausdruck zu bringen, wurde von der Reichstagskommission auf Antrag des Abg. v. Vahl die Fassung „erfolgte Rechtshandlung" gewählt. (K. S. 21.) Der Anfechtung unterliegen hienach auch Pfändungs- und Arrest-Pfandrechte, bezüglich deren der in Z. 1 vorausgesetzte Thatbestand vorliegt.[4])

Es wird vorausgesetzt Sicherung oder Befriedigung eines Konkursgläubigers d. h. einer Person, welche nach § 2 Konkursgläubiger wäre, wenn das Verfahren z. Z. der Vornahme der Rechtshandlung schon eröffnet sein würde. Satz 2 der Ziffer 1 kommt deshalb nicht zur Anwendung, wenn ein Gläubiger Sicherung oder Befriedigung erlangt hat, dessen Forderung zu den in § 56 Ziff. 3 und 4 bezeichneten gehört;[5]) in solchen Fällen bleibt die Anfechtung auf die §§ 24 und 25 beschränkt. Absonderungsberechtigte Gläubiger sind zwar Konkursgläubiger; aber die Anfechtung ihrer Befriedigung ist insoweit ausgeschlossen, als diese Befriedigung aus dem Erlöse des im Konkurse der Absonderung unterworfenen Gegenstandes erfolgt oder dieser Gegenstand in anderer Weise zur Befriedigung verwendet wird. Was der Absonderungsberechtigte auf diesem Wege erhält, empfängt er nicht als zukünftiger Konkursgläubiger, würde er vielmehr auch im Konkursverfahren in demselben Umfange bekommen haben. Hat der Absonderungsberechtigte dagegen aus dem Vermögen des Gemeinschuldners in anderer Weise Befriedigung erlangt, sei es auch nur in einer dem Werte des Absonderungsgegenstandes entsprechenden Höhe, so hat er nicht als Absonderungsberechtigter, sondern als Konkursgläubiger im obigen Sinne Befriedigung gefunden. Der Absonderungsgegenstand wird dadurch an sich nicht frei, sofern es nicht ausdrücklich vereinbart wird oder die Tilgung der ganzen Schuld erfolgt.[6]) Aber

1) Cosack S. 185.

2) R.-G. (II.) 29. April 1887 und O.-L.-G. Köln 20. April 1887, rhein. Arch. Bd. 78 Abt. III. S. 87

3) Vgl. Korn S. 130; R.-G. (III.) 25. Nov. 1886; Bolze Bd III. Nr. 380; bayer. oberstes Landesg. 26. Nov. 1885; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 126 und Bl. für Rechtsanw. Bd. 51 S. 122. A. M. Frohmann S. 25 Nr. 2.

4) Cosack S. 180, 186, 187; Fitting S. 150 § 16 Anm. 19; Grützmann S. 156; Hartzfeld S. 501; Korn S. 55 ff., 113; Mandry S. 470; Meisner S. 114; v. Sarwey S. 157 ff.; Stieglitz S. 136; v. Völderndorff Bd. I. S. 325, 326; Willenbücher S. 51; v. Wilmowski S. 134; R.-G. (V.) 23. April 1882, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 146 f. die Entsch. zu § 23 Z. 2 (Bem. III. 2 S. 121 u. 122).

5) V. Frohmann S. 29.

6) V. Cosack S. 174; Stieglitz S. 137 Nr. IV. 2; v. Wilmowski S. 134; wohl auch v. Völderndorff Bd. I. S. 327, 328. A. M. Fitting S. 150 § 16 Anm. 18, welcher jeden Unterschied leugnet, und Frohmann S. 30, der die Anfechtung nur insoweit gestatten will, als die Befriedigung den Wert des nicht verwerteten Absonderungsgegenstandes übersteigt.

auch wenn der Absonderungsgegenstand dadurch für die Masse frei geworden ist, bleibt die Anfechtbarkeit aus dem angegebenen Grunde unberührt. Nur wird der Verwalter die Anfechtung unterlassen, weil sonst der durch die Tilgung der ganzen Schuld frei gewordene Gegenstand, wenn noch in der Masse vorhanden, da die Tilgung der Schuld unwirksam ist, der Absonderung unterliegt. War die Freigebung bei nur teilweiser Tilgung durch besondere Erklärung erfolgt, so setzt sich der Verwalter sonst einer condictio causa data causa non secuta und, falls die Sache nicht mehr in der Masse vorhanden ist, der condictio sine causa aus.

III. Benachteiligung durch Begünstigung eines Konkursgläubigers. (Z. 2.)

1. Voraussetzungen im allgemeinen.

Die durch Z. 2 betroffenen Begünstigungen eines Konkursgläubigers sind gefährlicher als die in Z. 1 vorgesehenen Benachteiligungen, weil die Versuchung, sich auf dem hier in Frage stehenden Wege zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger Sicherung oder Befriedigung zu verschaffen, besonders nahe liegt. Deshalb wurde hier die Anfechtung wesentlich erleichtert. Es genügt einmal, dass die Rechtshandlung in den zehn vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag liegenden Tagen erfolgt ist. Ausserdem braucht dem Anfechtungsgegner nicht nachgewiesen zu werden, dass er von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag Kenntnis hatte. Derselbe kann aber die Anfechtung dadurch beseitigen, dass er nachweist, er habe weder von den erwähnten Ereignissen noch von einer Absicht des Gemeinschuldners, ihn zu begünstigen, Kenntnis gehabt. Eine solche Begünstigungsabsicht ist dann vorhanden, wenn der Gemeinschuldner dem Gläubiger Vorteile verschaffen will, auf welche dieser keinen Anspruch hatte. Es wird also bei dem Gemeinschuldner das Bewusstsein vorausgesetzt, dass in der Rechtshandlung eine unentgeltliche Verfügung enthalten sei oder dass sie wenigstens den Grundsatz verletze, nach welchem die Konkursgläubiger gleichmässige Befriedigung finden sollen. Der von dem Anfechtungsgegner zu erbringende Beweis muss hienach darauf gerichtet sein, dass weder der eine noch der andere Fall vorliege, oder ihm doch eine derartige Absicht des Gemeinschuldners, auf welche auch aus dessen passivem Verhalten geschlossen werden konnte,[1]) in beiden Richtungen unbekannt gewesen sei.[2])

Die Absicht des Anfechtungsgegners, eine Begünstigung zu erlangen, rechtfertigt nicht ohne weiteres den Schluss, dass auch der Gemeinschuldner die Absicht hatte, denselben zu begünstigen, sondern kann nur eine Vermutung hiefür begründen. Auch verliert der Beweis, dass der Gemeinschuldner eine Begünstigungsabsicht nicht hatte, seine Bedeutung nicht dadurch, dass der Anfechtungsgegner selbst eine Begünstigung erstrebte.[3]) Eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners kann übrigens auch dann vorliegen und dem Anfechtungsgegner bekannt sein, wenn die in Frage stehende Handlung üblich ist und darum nicht auffällig war. Der Beweis eines derartigen Sachverhalts führt deshalb nicht notwendig zu der Annahme, dass die Kenntnis der Begünstigungsabsicht gefehlt habe.[4]) Misslingt dem Anfechtungsgegner der ihm obliegende Beweis auch nur nach einer Richtung, so ist die Anfechtung begründet.

Für die in der zehntägigen Frist vorgenommenen Handlungen kommt, da eine Zahlungseinstellung zur Zeit der angefochtenen Handlung noch nicht vorhanden war, nur die Kenntnis einer Begünstigungsabsicht in Betracht. Diese braucht aber nicht unter allen Umständen schon dann vorzuliegen, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass es demnächst zur Zahlungseinstellung kommen werde.

[1]) R.-G. (III.) 20. Jan. 1882, Entsch. Bd. VI. S. 367.

[2]) Vgl. Menzel S. 204 ff.

[3]) R.-G. (II.) 13. Mai 1881, Entsch. Bd. IV. S. 435.

[4]) Vgl. Cosack S. 208.

2. *Mangel eines Anspruchs.*

Wenn der Anfechtungsgegner den ihm obliegenden Beweis nicht führen kann, unterliegen der Anfechtung diejenigen eine Sicherung oder Befriedigung gewährenden Rechtshandlungen, auf welche derselbe nach dem geltenden Rechte entweder überhaupt keinen Anspruch hatte oder deren Leistung er nicht zu der Zeit oder nicht in der Art beanspruchen konnte, in welcher dieselbe erfolgte. Vermochte der Anfechtungsgegner einen Anspruch nur auf ein Versprechen zu stützen, welches wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form ungültig war, so bestand ein Anspruch, wie ihn das Gesetz voraussetzt, nicht.[1]) Durch das Vorhandensein einer natürlichen, nicht klagbaren Verbindlichkeit wird die Anfechtung gleichfalls nicht ausgeschlossen. Auch in diesem Falle konnte die Erfüllung der Verbindlichkeit nicht von dem Gemeinschuldner „beansprucht“ oder doch eine Forderung nicht gerichtlich geltend gemacht werden. Nach dem Gesetz ist aber nur eine solche Leistung der Anfechtung entzogen, zu welcher der Gemeinschuldner von Rechts wegen verpflichtet war.[2]) Auch wenn nicht eine Sicherung, sondern eine Befriedigung gewährt wurde, kann der im Gesetz vorgesehene Fall vorliegen, dass der „Konkursgläubiger“ diese Befriedigung „nicht zu beanspruchen hatte“. Wer nichts zu fordern hat, kann selbstverständlich nicht Konkursgläubiger sein und es kann, wenn eine Forderung nicht besteht, von einer „Befriedigung“ überhaupt nicht gesprochen werden. Aber das Gesetz hat hier auch nur den Fall im Auge, in welchem jemand einen Anspruch erhebt, der ihn, falls er begründet wäre, zum Konkursgläubiger machen würde. Ob die Forderung zu Recht besteht, kommt hier so wenig als bei der Sicherung in Betracht. Auch bei dieser letzteren wird zwar an sich vorausgesetzt, dass eine Forderung besteht. Der Verwalter kann aber die als Sicherung anzusehende Leistung anfechten, ohne zuzugeben, dass überhaupt eine Forderung begründet ist. Dasselbe gilt bezüglich der Befriedigung. Es kommt nur darauf an, ob eine Leistung zu dem Zweck erfolgte, den Anfechtungsgegner wegen einer geltend gemachten Forderung zu befriedigen.[3])

Soweit es sich um Anfechtung der Befriedigung eines Konkursgläubigers handelt, gehören, abgesehen von der Erfüllung nicht bestehender, verjährter, oder nicht klagbarer Forderungen, vor allem hierher die vor der Verfallzeit erfolgten Zahlungen. In dieser Beziehung ist es gleichgültig, ob der Verfalltag noch innerhalb der entscheidenden Frist oder erst später eintritt, denn auch in dem ersteren Falle kann die verfrühte Zahlung eine Benachteiligung enthalten, z. B. eine Verschleppung der gezahlten Gelder ermöglichen.[4]) Immerhin wird eine erhebliche Abweichung von der Verfallzeit erforderlich insbesondere die Anfechtung ausgeschlossen sein, wenn die Leistung an dem vereinbarten Tage aber zu einer früheren als der festgesetzten Stunde erfolgt ist. In einem solchen Falle liegt eine verfrühte Zahlung nach der Verkehrssitte nicht vor. Auch kann eine Benachteiligung der Konkursgläubiger nicht wohl angenommen werden.[5]) Dasselbe wie von der Zahlung vor Eintritt der Fälligkeit gilt von der Erfüllung vor Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder auf Grund einer vor dem entscheidenden Zeitpunkt getroffenen die Abkürzung der Zahlungsfrist betreffenden Vereinbarung.[6]) In allen Fällen, in welchen eine solche verfrühte

[1]) Vgl. Hullmann S. 141 Nr. 10; v. Völderndorff Bd. I. S. 336 Anm. 73. A. M. Cosack S. 195.

[2]) A. M. Cosack S. 194, 195; Grützmann S. 184.

[3]) Vgl. Cosack S. 201; Fitting S. 153 § 16 Anm. 2; Frohmann S. 28; Fuchs S. 48; Korn S. 130; Meisner S. 117; Menzel S. 198; v. Sarwey S. 164; Steinbach S. 52; Stieglitz S. 141; Willenbücher S. 51 Nr. 8; v. Wilmowski S. 136 Nr. 8. A. M. sind: Grützmann S. 184, 185 und v. Völderndorff Bd. I. S. 335.

[4]) Vgl. Cosack S. 197; Grützmann S. 183; Otto S. 196; Willenbücher S. 51 Nr. 8 a. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 332, 333.

[5]) Vgl. Cosack a. a. O.

[6]) O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 124.

Erfüllung vorliegt, ist die Anfechtung gerechtfertigt und zwar ist die ganze Leistung zurückzugewähren, nicht bloss der Zwischenzins zu vergüten. Die verfrühte Zahlung ist nicht anders zu behandeln wie eine andere verfrühte Erfüllung, insbesondere die Lieferung von Waren u. s. w., bei welcher die Berechnung eines Zwischenzinses der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist. Die Anfechtung hat auch in diesen Fällen die Wirkung, dass die Leistung zurückgewährt und so der frühere Zustand wieder hergestellt werden muss. Die etwa entgegenstehenden Vorschriften der Landesgesetze sind durch § 4 des Einführungsgesetzes beseitigt. [1])

Weiter kommt in Betracht die Hingabe an Zahlungsstatt, bei welcher der Gläubiger einen anderen als denjenigen Gegenstand erhält, welchen er zu beanspruchen hatte. Die Anfechtung ist jedoch in dieser Beziehung nicht bloss dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger ausser dem eigentlichen Gegenstande der Leistung (alternativ) auch einen andern verlangen durfte und dieser geleistet wurde, sondern auch dann, wenn der Gemeinschuldner zu dieser Leistung berechtigt war und dadurch von seiner Verbindlichkeit befreit wurde. Der Gläubiger konnte in diesem Falle zwar nicht den geleisteten Gegenstand unter Zurückweisung des eigentlichen Gegenstandes der Leistung fordern. Aber es liegt doch eine dem bestehenden Rechtsverhältnisse entsprechende Erfüllung vor. Der Gläubiger durfte die angebotene Leistung nicht zurückweisen und hatte ein Recht auf die eine oder die andere Leistung. Es stand ihm also jedenfalls ein bedingter Anspruch auf die angebotene Leistung zu. [2]) Streng genommen enthält auch die Zahlung mit Banknoten, sofern nicht ausdrücklich eine solche Zahlung vereinbart war, eine Befriedigung, welche der Gläubiger in dieser Art nicht zu fordern hatte. Diese Annahme, welche dem bestehenden Gebrauch und den Interessen des Verkehrs durchaus widersprechen würde, kann aber nicht im Sinne des Gesetzes liegen. Deshalb kann eine Anfechtung auf die Anwendung derartiger im Verkehr allgemein gebräuchlicher Zahlungsmittel, welche nicht als Hingabe an Zahlungsstatt, sondern als Zahlung gilt, nicht gestützt werden. [3]) Dagegen fällt unter den Begriff der Hingabe an Zahlungsstatt die Befriedigung mit ausländischem Geld, falls nicht gerade die Leistung in dieser Währung verlangt werden konnte, ebenso die Befriedigung durch Begebung von Wechseln oder kaufmännischen Anweisungen, sowie die Hingabe von anderen Wertpapieren, selbst wenn deren Kurs an der Börse notiert wird und die Befriedigung durch Hingabe solcher Papiere üblich sein sollte. [4]) Ferner ist die Anfechtung begründet, wenn dem Gläubiger eine Sache zu dem Zweck verkauft wurde, dass er durch Aufrechnung Befriedigung erhalten solle. In diesem Falle wird der Gläubiger der Sache nach durch die Hingabe des zu verkaufenden Gegenstandes befriedigt. Die Hingabe an Zahlungsstatt unterliegt übrigens dann der Anfechtung nicht, wenn sie auf Grund einer Vereinbarung erfolgte, welche vor dem für die Anfechtung massgebenden Zeitpunkte getroffen wurde. In diesem Falle hatte der Gläubiger zur Zeit der Befriedigung einen unanfechtbaren Anspruch auf die ihm gewährte Befriedigung, auch soweit die Art derselben in

[1]) Vgl. Korn S. 125; Otto S. 83; v. Sarwey S. 163; Stieglitz S. 141. A. M. sind: Cosack S. 115; Jäckel S. 58; Korn S. 145; Meisner S. 117; Menzel S. 158.

[2]) Cosack S. 213; Otto S. 80 ff.; Stieglitz S. 139. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 334, 335.

[3]) Cosack S. 198; Dernburg Bd. II. S. 325; Menzel S. 197 Anm. 22; v. Völderndorff Bd. I. S. 334; Willenbücher S. 52, der auch ausländisches Geld als zulässiges Zahlungsmittel ansieht; v. Wilmowski S. 136 Nr. 8.

[4]) Dernburg Bd. II. S. 325; Korn S. 132; Willenbücher S. 52; R.-G. (IV.) 28. Jan. 1882 und (II.) 13. Okt. 1885, Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 1188, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 254, Bolze Bd. II. Nr. 568, in Beziehung auf Wechselbegebung. A. M. Cosack S. 198; Grützmann S. 185; Menzel S. 197 Anm. 22; Frohmann S. 28 macht grundsätzlich die Entscheidung davon abhängig, ob das in Frage stehende Papier im Verkehr als Geldersatzmittel benutzt wird.

Frage steht. [1]) Erhält der Gläubiger, welcher lediglich Sicherung zu beanspruchen hatte, statt derselben Befriedigung, so ist die Anfechtung begründet. [2])

Was die Gewährung einer Sicherung anbelangt, so können solche Rechtshandlungen, durch welche die Masse gar nicht berührt wird, wie die Bürgschaftsleistung eines Dritten u. s. w., selbstverständlich nicht angefochten werden. Im übrigen kommt es aber auf die Beschaffenheit der Sicherung nicht an, und gestattet § 23 insbesondere die Anfechtung der Pfandbestellung an anderen als den vereinbarten Gegenständen [3]) oder zu einem anderen Zwecke [4]) oder für eine neue Forderung, welche durch Novation an die Stelle einer früheren Forderung trat und für welche letztere ein Anspruch auf Sicherstellung begründet war. [5]) Auch dann ist die Anfechtung zulässig, wenn der Gläubiger zwar zur Zeit der Sicherung einen Anspruch auf dieselbe hatte, der Anspruch aber nach dem für die Anfechtung massgebenden Zeitpunkte eingeräumt wurde, die Einräumung sonach selbst anfechtbar ist. Ob der Anspruch auf Sicherung auf einem Vertrag oder auf einem Richterspruche beruht, ist einerlei. Auch in dem letzteren Fall ist die Anfechtung ausgeschlossen. [6]) Dasselbe gilt von dem Falle, in welchem das Gesetz die Verpflichtung zur Sicherstellung auferlegt. [7]) Soweit Art. 29 der W.-O., der nach § 3 E.-G. nicht durch die Konkursordnung beseitigt worden ist (Bem. II. 3 S. 117), von dem Gläubiger angerufen werden darf, kann demselben sonach nicht entgegengehalten werden, er habe auf die Sicherung keinen Anspruch gehabt, die Anfechtung vielmehr nur auf § 23 Z. 1 gestützt werden, sofern die Voraussetzungen dieser Vorschrift gegeben sind. [8]) Auf einen Richterspruch kann übrigens ein Anspruch auf Sicherung nur insoweit gestützt werden, als besondere Vorschriften des bürgerlichen Rechtes diesen Anspruch als begründet erscheinen lassen. Der vollstreckbare Titel als solcher gewährt einen derartigen Anspruch nicht. Auch die durch Vollstreckung erlangte Sicherung ist vielmehr der Anfechtung unterworfen [9]) und zwar gleichviel ob dieser Titel vor dem für die Anfechtung massgebenden Zeitpunkte oder erst später erlangt worden ist. [10]) Durch den Vollstreckungstitel wird an sich, soweit mit demselben nicht der Anspruch auf eine Urteilshypothek verknüpft ist, nur die Leistungspflicht und die Befugnis zur Zwangsvollstreckung festgestellt, nicht ein Anspruch auf Sicherung geschaffen. Die Vollstreckungspfändung setzt überhaupt einen civilrechtlichen Anspruch auf Pfändung nicht voraus. Das in § 709 der C.-P.-O. vorgesehene Pfandrecht wird aber erst durch die Pfändung selbst begründet, unterliegt also der Anfechtung, da der Gläubiger eine solche Sicherung nicht zu beanspruchen hatte. Die Befriedigung, welche der pfändende Gläubiger durch die

[1]) v. Sarwey S. 164 Nr. 4; R.-G. (II.) 8. Jan. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 74.

[2]) v. Völderndorff Bd. I. S. 334.

[3]) R.-G. (III.) 24. Febr. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 42.

[4]) Vgl. R.-G. (V.) 5. Nov. 1884, Bolze Bd. I. Nr. 552.

[5]) R.-G. (V.) 12. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 163.

[6]) Vgl. O.-L.-G. Köln 20. April 1887, Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 237 und R.-G. (II.) 29. April 1887; Bolze Bd. IV. Nr. 365, bez. der Urteilshypothek des rhein. Rechts.

[7]) A. M. v. Kräwel in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 190, 191, der nur vertragsmässige Ansprüche gelten lassen will.

[8]) Vgl. Korn S. 130; Rehbein, Wechselordnung Art. 29 Nr. 5 S. 47; v. Sarwey S. 162; R.-G. (III.) 25. Nov. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 380. A. M. v. Kräwel in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 190, 191.

[9]) Cosack S. 202 ff. und 209 ff.; Eccius Bd. I. S. 778 § 114 Anm. 39; Korn S. 133 ff.; Mandry S. 470 § 50 Anm. 22; Stieglitz S. 136; v. Völderndorff Bd. I. S. 332 lit. n. und S. 337; Willenbücher S. 52; v. Wilmowski S. 134, 137; R.-G. (II.) 17. März 1882, (III.) 13. Juni 1882, verein. Civils. 6. Dez. 1883, (II.) 23. März 1888, Entsch. Bd. VII. S. 37, Bd. VIII. S. 111, Bd. X. S. 33, jur. Wochenschr. 1888 S. 178; bayer. oberstes Landesg. 13. Okt. 1885, Sammlung Bd. XI. S. 221 und Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 127 ff. A. M. Harburger S. 392, Hartzfeld S. 672.

[10]) Vgl. Cosack S. 204; v. Wilmowski S. 138; R.-G. (II.) 17. März 1882 und (V.) 19. April 1882 a. a. O. A. M. sind: Grützmann S. 187; Otto S. 90; Hullmann S. 143 Nr. 13.

Pfändung unmittelbar oder mittelbar insbesondere durch die Versteigerung und etwaige Zuweisung des Erlöses erlangte, wird durch die Anfechtung der Sicherung (des Pfandrechtes) nicht anfechtbar. Das Recht, die Zwangsvollstreckung durchzuführen, ist nicht durch das Pfändungspfandrecht bedingt, besteht vielmehr auch da, wo ein solches dem pfändenden Gläubiger nicht eingeräumt ist. Deshalb entzieht die Anfechtbarkeit dieses Pfandrechtes dem Gläubiger nicht die Befugnis, sich auf dem Wege der Versteigerung (§ 716) Befriedigung zu verschaffen. Auf diese Befriedigung hat der Gläubiger nicht bloss im allgemeinen, sondern auch der Art nach einen rechtlichen Anspruch. Soweit der Gläubiger das Pfandrecht gar nicht braucht, ist dessen Anfechtbarkeit gegenstandslos. Der Umstand, dass mit der Pfändung im allgemeinen ein Pfandrecht verbunden und dieses im gegebenen Falle anfechtbar ist, darf nicht dazu benutzt werden, dem Gläubiger die Befriedigung zu entziehen, auf welche er an sich Anspruch hatte und welche er sich auch auf Grund seines vollstreckbaren Titels auf dem Wege der Zwangsvollstreckung verschaffen durfte.[1]) Ist das Pfandrecht unanfechtbar, so erhält der Gläubiger im Versteigerungserlös jedenfalls in unanfechtbarer Weise, was er auf Grund des Vollstreckungstitels nach dem bürgerlichen Rechte zu beanspruchen hat.[2]) Die innerhalb der zehntägigen Frist erfolgte Pfändung von barem Geld unterliegt der Anfechtung nach § 23 Z. 2 in keinem Falle, da eine solche Pfändung nach § 716 C.-P.-O. dem Gläubiger unmittelbare Befriedigung gewährt und er diese zu beanspruchen hatte.[3]) Diese Pfändung kann gleichfalls nur nach § 23 Z. 1 angefochten werden, was die Annahme bestätigt, dass die Anfechtbarkeit des Pfändungspfandrechtes der Pfändung im übrigen ihre Wirkungen nicht entzieht. Gewährt selbst der vollstreckbare Titel keinen Anspruch auf Sicherung, so muss natürlich auch die auf Grund einer Arrestverfügung erfolgte Pfändung der Anfechtung unterliegen. Daraus, dass die Voraussetzungen zu einer Arrestanlage vorhanden sind, folgt noch nicht, dass dem Gläubiger ein rechtlicher Anspruch auf Sicherung im Sinne des Gesetzes zusteht, d. h. dass der Schuldner verpflichtet ist, eine besondere Sicherung zu gewähren.[4]) Was von der Sicherstellung durch Verpfändung gilt, findet auch da Anwendung, wo die Sicherung in der Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes besteht. Auch diese Sicherung unterliegt der Anfechtung, sofern sie in der kritischen Zeit erfolgt ist. Bezüglich der in den Motiven (S. 128) bejahten Frage, ob auch ein nach den Art. 313 und 315 des H.-G.-B. erworbenes Pfandrecht der Anfechtung unterliegt, kommt es auf die thatsächlichen Verhältnisse an. Hat der Gläubiger innerhalb der kritischen Zeit erst den Besitz der zurückgehaltenen Sachen erworben und beruht der Besitzerwerb nicht auf einem vor dieser Zeit erworbenen Anspruch, so ist die Anfechtung begründet,[5]) ebenso wenn der Besitz unter Voraussetzungen erworben worden ist, welche unter

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. VII. S. 36; Francke in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 476; Hassenpflug in Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 81 ff. A. M. Kessler in Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 329 ff.; Korn S. 134; v. Wilmowski S. 137; R.-G. (V.) 18. Nov. 1882, (II.) 8. Juni 1883, (I.) 15. Nov. 1884, (V.) 8. Juli 1885, (VI.) 9. Dez. 1886, Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 270, Entsch. Bd. IX. S. 101, Bd. XIV. S. 81, Bd. XVII. S. 26, Bolze Bd. I. Nr. 542.

[2]) R.-G. (VI.) 9. Dez. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 26.

[3]) Vgl. v. Wilmowski S. 139 Nr. 9 III.; R.-G. (V.) 19. April 1882, (III.) 9. und 11. Dez. 1883, Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 835, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 124 ff., jur. Wochenschr. 1884 S. 49, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 255; O.-L.-G. Hamburg in der Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) 1884 S. 224.

[4]) Korn S. 133 ff.; v. Sarwey S. 162, 196, 197; Stieglitz S. 136 unten; v. Völderndorff Bd. I. S. 332 lit. n. u. S. 334; Willenbücher S. 52; v. Wilmowski S. 134, 137 ff.; Menzel S. 201, 202; R.-G. (V.) 2. Juni 1880 und (II.) 7. Dez. 1880, (II.) 25. Febr. und 13. Mai 1881, (III.) 20. Jan. 1882, (V.) 14. Okt. 1885, (II.) 19. Nov. 1885, Entsch. Bd. II. S. 374, Bd. III. S. 395, Bd. IV. S. 435, Bd. VI. S. 367, Bolze Bd. II. Nr. 571 und 576. A. M.: Hartzfeld S. 672, Hellmann in der Krit. V.-J.-Schr. Bd. 27 S. 102; Grützmann S. 188.

[5]) Vgl. Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 176; Menzel S. 200; Stieglitz S. 138; v. Wilmowski S. 136, 137 Nr. 9.

§ 23 Z. 1 Satz 2 fallen. Dagegen erscheint die Anfechtung nicht als gerechtfertigt, wenn der Besitzerwerb vor der kritischen Zeit liegt, die Forderung aber während dieser Zeit erworben wurde. In diesem Falle hat der Anfechtungsgegner zugleich mit der Forderung den Anspruch auf Zurückbehaltung erworben. Es wurde nicht einem Konkursgläubiger Sicherung eingeräumt. Ausserdem gewährte der Besitz an den Sachen dem späteren Gläubiger schon den (bedingten) Anspruch, dieselben als Deckung für etwaige später entstehende Forderungen zu benutzen. Es kann hier nur die Anfechtung der Forderung, nicht die der Sicherung in Frage kommen.[1]) Wie der Anfechtungsgegner die Forderung erworben hat insbesondere ob dessen Absicht auf den Erwerb gerichtet war oder ihm dieselbe in anderer Weise zufiel, ist gleichgültig.[2]) Damit die Sicherung als anfechtbar erscheint, wird stets vorausgesetzt, dass derjenige, welcher die Sicherheit empfing, Gläubiger war. Der Anfechtung unterliegt sonach nicht die für künftig entstehende Forderungen gewährte Sicherheit z. B. die Kredithypothek, welche für eine aus einem Kontokurrentverhältnisse zu erwartende Verbindlichkeit bestellt worden ist. Es kann allerdings auch in einer und derselben Urkunde zuerst die Begründung einer Forderung, z. B. die Hingabe eines Darlehens, und dann die dafür gewährte Sicherung festgestellt werden, derart, dass die Forderung zuerst entstanden und dann dafür Sicherheit bestellt worden ist. Auch in einem solchen Falle wird aber die Anfechtung nach Nr. 2 des § in der Regel ausgeschlossen sein, weil die Sicherung Bedingung des Darlehens oder des gewährten Kredits war, sonach gleichzeitig mit der Forderung ein Anspruch auf Sicherung entstanden ist. (Mot. S. 129, 130.)[3])

§ 24.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners
 - mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe,
 - mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

 sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Gemeinschuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.

(E. § 24; M. S. 130 ff.; K. S. 22 ff.; pr. K.-O. § 103 Nr. 1 und 2, § 102 Nr. 3.)

[1]) Vgl. Krasnopolski a. a. O. S. 174, 175; v. Wilmowski S. 137; ferner R.-G. (I.) 17. März 1882, Entsch. Bd. IX. S. 44 ff. bes. S. 50.

[2]) A. M. Krasnopolski a. a. O. S. 175, 177.

[3]) Vgl. ferner: Cosack S. 213; Grützmann S. 187; Korn S. 129; Meisner S. 118; Otto S. 83; Sarwey S. 165 ff.; Stieglitz S. 143; v. Völderndorff Bd. I. S. 337; Willenbücher S. 52 Nr. 10; v. Wilmowski S. 139 Nr. 3.

I. Betrügliche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners im allgemeinen. (Z. 1.)

1. Allgemeine Bemerkungen.

Während die Anfechtung auf Grund des § 23 die Eröffnung des Konkursverfahrens zur notwendigen Voraussetzung hat, handelt § 24 von einem Anfechtungsgrunde, der auch ausserhalb des Konkurses Platz greifen kann, nämlich von der absichtlichen Benachteiligung durch Rechtshandlungen des Gemeinschuldners. In Z. 1 werden die betrüglichen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für anfechtbar erklärt. In dieser Beziehung liegt dem Gesetze die Auffassung zu Grund, dass das Verhalten des Gemeinschuldners wie das des Anfechtungsgegners mit Rücksicht auf die Benachteiligungsabsicht und die Kenntnis derselben als ein bewusst rechtswidriges anzusehen ist. Die Anfechtungsklage kann sonach im Gerichtsstand der unerlaubten Handlung erhoben werden. (Bem. III. 1 und IV. 4 zu § 22.) Soweit nicht die Verjährung des Anfechtungsanspruches eingetreten ist, kommt es hier nicht auf die Zeit an, zu welcher die angefochtenen Rechtshandlungen vorgenommen wurden. Die Anfechtung kann sich sonach auf sehr weit zurückliegende Rechtshandlungen erstrecken. Dass die Rechtshandlung eine Benachteiligung herbeigeführt hat, wird auch hier vorausgesetzt, weil sonst die Anfechtung gegenstandslos wäre. (Vgl. Bem. II. 1 zu § 22 und Bem. I. 4.) Die unter § 23 fallenden Handlungen können zugleich den in § 24 vorausgesetzten Thatbestand enthalten und nach diesem § anfechtbar sein. Ist die anzufechtende Handlung z. B. eine Zahlung zwar in einem Zeitpunkte vorgenommen, welcher die Anfechtung nach § 23 rechtfertigt, sind aber die übrigen Voraussetzungen der dort vorgesehenen Anfechtung nicht vorhanden oder nicht zu beweisen, so kann der Konkursverwalter die Anfechtung sonach auf § 24 Z. 1 stützen. Daraus, dass in § 23 ein besonderer Thatbestand für die Anfechtung aufgestellt wurde, wobei eine besondere Regelung der Beweislast und die Erleichterung des Beweises durch Zerlegung der Unterscheidungsmerkmale in leicht erkennbare Thatsachen mit in Betracht kam, kann nicht gefolgert werden, dass die Anfechtung nach § 24 ausgeschlossen sein soll, weil zugleich die Voraussetzungen des § 23 ganz oder teilweise vorliegen.[1])

2. Rechtshandlungen des Gemeinschuldners.

Das Wort „Rechtshandlungen“ hat hier dieselbe Bedeutung wie in § 23. Dasselbe wurde gewählt, um auszudrücken, dass nicht bloss Rechtsgeschäfte durch § 24 getroffen werden sollen, und trifft überall zu, wo die Vornahme der Handlung die Begründung, den Untergang oder die Veränderung eines Rechtes zur Folge hat. (Vgl. Bem. I. 1 zu § 22 S. 89.) Auch Zahlungen und sonstige Leistungen des Gemeinschuldners können nach § 24 Z. 1 angefochten werden. (Bem. I. 4.)

Nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes wird hier immer eine Rechtshandlung des G e m e i n s c h u l d n e r s vorausgesetzt. Diese kann jedoch nach den früheren Ausführungen (§ 22 Bem. I. 3) auch in einer Unterlassung oder in einem passiven Verhalten des Gemeinschuldners bestehen, gleichviel ob dasselbe in gerichtlichem oder in aussergerichtlichem Verkehr erfolgt. Auch das passive Verhalten gegenüber einem Arrestantrag kann in diesem Sinne als Rechtshandlung angesehen werden.[2]) Die Anfechtung muss sich in allen Fällen,

[1]) Vgl. Hartzfeld S. 671; v. Kräwel in Buschs Zeitschr. Bd. V. S. 348; Otto S. 24 u. 83; Stieglitz S. 147; v. Völderndorff Bd. I. S. 343 Anm. 16 u. S. 349; O.-L.-G. Hamburg 9. Okt. 1880, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 124. A. M. Dernburg Bd. II. S. 322 § 128 Anm. 16 u. Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 31 S. 496, 497.

[2]) V. R.-G. (III.) 20. Jan. 1882 und (IV.) 8. Febr. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 482; Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 869; ferner O.-L.-G. Zweibrücken 13. April 1885, Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 71 ff.

auch wenn es sich darum handelt, die Wirkungen einer gerichtlichen Entscheidung für die Konkursgläubiger zu beseitigen, gegen die Rechtshandlung des Gemeinschuldners z. B. gegen dessen Anerkenntnis, Geständnis, Versäumnis, richten. Die Entscheidung selbst kann nur durch die in der C.-P.-O. vorgesehenen Rechtsmittel angegriffen werden. (Vgl. auch M. S. 132 und K. S. 23.)[1])

3. *Absicht der Benachteiligung der Gläubiger und Kenntnis derselben.*

a. Auf Seite des Gemeinschuldners wird die Absicht vorausgesetzt, „seine Gläubiger" (nicht die Konkursgläubiger) zu benachteiligen. Es ist aber nicht notwendig, dass sich diese Absicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger richtete, genügt vielmehr, dass einzelne Gläubiger benachteiligt werden sollten.[2]) Ob die Personen, gegen welche die Benachteiligungsabsicht gerichtet ist, zur Zeit der Rechtshandlung schon Gläubiger waren oder es erst später wurden, ist einerlei; der Ausdruck „seine Gläubiger" in Z. 1 bedeutet dasselbe, wie „die Gläubiger" in Z. 2. (Bem. II. 1 zu § 22 S. 94 Anm. 2.)[3]) Noch weniger kommt es darauf an, ob die Forderung des in Frage stehenden Gläubigers zur Zeit der anzufechtenden Rechtshandlung schon fällig war.[4]) Ein besonderer Beweis dafür, dass die Benachteiligungsabsicht auch gegen einen Gläubiger gerichtet war, dessen Forderung später entstanden ist, braucht nicht geführt zu werden.[5]) Die Benachteiligungsabsicht wird nicht vermutet, sondern ist vom Konkursverwalter zu beweisen.[6]) Der Gegenbeweis darf dem Anfechtungsgegner nicht abgeschnitten werden.[7]) Unter Absicht ist hier die Richtung des Willens auf einen bestimmten Erfolg zu verstehen. Die angefochtene Benachteiligung muss gewollt sein. Selbst eine ganz grobe Fahrlässigkeit genügt nicht. Liegt eine solche vor, so hat der Gemeinschuldner die Benachteiligung nicht gewollt. Vielmehr hat dieselbe darin ihren Grund, dass der Gemeinschuldner über deren notwendige und mögliche Folgen nicht nachgedacht oder sie doch nicht gehörig erwogen hat.[8]) Die Benachteiligung braucht aber nicht der Zweck der angefochtenen Handlung gewesen zu sein. Vielmehr genügt es, dass die angefochtene Handlung mit dem Bewusstsein vorgenommen wurde, dass dieselbe die Benachteiligung der Gläubiger notwendig zur Folge haben werde. Auch wenn derselbe wusste, dass dies nach menschlicher Berechnung aller Wahrscheinlichkeit nach der Fall sein werde, wird die Anfechtung in der Regel begründet sein, da daraus, dass der Gemeinschuldner die benachteiligende Eigenschaft der Rechtshandlung kannte und dieselbe dennoch vornahm, auf den Benachteiligungswillen ge-

[1]) Jäckel S. 66; v. Sarwey S. 170; Stieglitz S. 147; Wengler S. 217; v. Wilmowski S. 142.

[2]) Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 31 S. 496; Menzel S. 149; v. Wilmowski S. 141; R.-G. (II.) 19. Nov. 1885, jur. Wochenschr. 1886 S. 14, Bolze Bd. II. Nr. 589. A. M. Cosack S. 80, 82, 114.

[3]) Dernburg Bd. II. S. 332 § 132 Anm. 8; Hartmann S. 83; Jäckel S. 68 Anm. 4; Korn S. 85, 145; Meisner S. 466; Rocholl Bd. I. S. 470 Anm. 41; Steinbach S. 24, 25; v. Völderndorff Bd. I. S. 347; Willenbücher S. 55; R.-G. (I.) 26. Okt. 1881, 5. Mai 1885 u. 19. Febr. 1886, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 104 u. V. S. 291, Entsch. Bd. XIII. S. 166, Bolze Bd. II. Nr. 588. A. M. Kranichfeld S. 23, 26.

[4]) R.-G. (VI.) 16. Juni 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 380.

[5]) A. M. R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 166. Vgl. dag. Hartmann S. 83 ff. und Seligsohn in Buschs Zeitschr. Bd. XI. S. 145.

[6]) R.-G. (I.) 22. Mai 1885, (II.) 17. März 1885 und 30. Nov. 1886, Blum, Urt. u. Ann. Bd. II. S. 372, jur. Wochenschr. 1885 S. 245; Entsch. Bd. XIII. S. 298, Bolze Bd. III. Nr. 384 u. jur. Wochenschr. 1887 S. 15.

[7]) V. R.-G. 17. März 1885 u. 30. Nov. 1886 a. a. O.

[8]) Cosack S. 80; Korn S. 87; Menzel S. 151.

schlossen werden kann.[1]) Dass der Gemeinschuldner mit der angefochtenen Handlung noch einen anderen Zweck verfolgte, schliesst die Absicht der Benachteiligung nicht aus. Die Anfechtung findet hienach, sofern der Gemeinschuldner das Bewusstsein hatte, dass durch seine Handlung die Gläubiger benachteiligt würden, auch dann statt, wenn derselbe einer auf Gesetz oder einem anderen Rechtsgrunde beruhenden Verpflichtung genügen[2]) oder die Mittel zur Befriedigung anderer Gläubiger gewinnen wollte.[3]) Die Absicht, einen bestimmten Gläubiger zu begünstigen, wird in der Regel auch die Absicht in sich schliessen, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Doch ist dies nicht immer der Fall, da mit der erwähnten Absicht, welche auch darauf gerichtet sein kann, dass ein Gläubiger früher als die anderen befriedigt werde, nicht notwendig das Bewusstsein verbunden sein muss, dass durch die Handlung die übrigen Gläubiger, deren Befriedigung gleichfalls möglich ist, benachteiligt werden.[4]) Dass der Gemeinschuldner die Möglichkeit gekannt hat, die angefochtene Handlung könne eine Benachteiligung der Gläubiger zur Folge haben, berechtigt für sich allein nicht zu dem Schlusse, derselbe habe diese Benachteiligung (eventuell) gewollt, da der Gemeinschuldner auch von der Voraussetzung ausgegangen sein kann, diese Möglichkeit werde sich nicht verwirklichen, derart, dass er die Handlung unterlassen haben würde, wenn er angenommen hätte, der benachteiligende Erfolg werde eintreten.[5]) Dass der Gemeinschuldner die Absicht gehabt habe, eine Vermögensunzulänglichkeit herbeizuführen, oder doch die Befriedigung bestimmter Gläubiger überhaupt zu vereiteln, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt die Absicht, einem oder mehreren Gläubigern gewisse Befriedigungsmittel zu entziehen.[6]) Die Benachteiligungsabsicht muss zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung vorhanden gewesen sein. Bedarf ein Vertrag der nachträglichen Genehmigung, so muss dieselbe sowohl bei dem Vertragsabschluss als bei der Genehmigung vorliegen.[7])

b. Auf Seite des Anfechtungsgegners wird gefordert Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners, nicht aber die Absicht, sich selbst einen Vorteil zu verschaffen. Das „Kennenmüssen" steht der wirklichen Kenntnis nur in dem Sinne gleich, dass angenommen wird, der Anfechtungsgegner habe bei dem gegebenen Verhältnisse notwendig

[1]) Vgl. Cosack S. 77 ff.; Grützmann S. 121 ff.; Hartmann S. 76; Hartzfeld S. 482; Jäckel S. 67; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S: 20; Mandry S. 467 § 50 Anm. 16; Menzel S. 146 ff., 150 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. I. S. 340, 341; Willenbücher S. 54 lit. a; v. Wilmowski S. 141; R.-G. (II.) 20. Mai 1884 u. 10. Nov. 1885, (V.) 12. Dez. 1885, (II.) 30. Nov. 1886, (III.) 5. April 1887, (VI.) 22. Dez. 1887, Entsch. Bd. XI. S. 173, Bolze Bd. II. Nr. 592, 593, Bd. IV. Nr. 361, jur. Wochenschr. 1887 S. 15 u. 1888 S. 70; O.-L.-G. Kiel 17. Dez. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 271 ff.; O.-L.-G. Jena 8. Mai 1884, Bl. für Rechtspfl. Bd. 32 S. 76. A. M. Fuchs S. 49; Kranichfeld S. 21, 22; v. Sarwey S. 168 ff.; Stieglitz S. 148; Wengler S. 215; Willenbücher S. 54 Nr. 55.

[2]) R.-G. (III.) 1. März 1881, (VI.) 31. Mai u. 28. Okt. 1886, (III.) 10. Mai 1887, (VI.) 22. Dez. 1887, (III.) 27. März 1888, Entsch. Bd. IV. S. 28, Bd. XVI. S. 27, jur. Wochenschr. 1886 S. 415 u. 1888 S. 70, Bolze Bd. IV. Nr. 375, jur. Wochenschr. 1888 S. 179; O.-L.-G. Kiel in Schlesw.-Holst. Anz. 1885 S. 118.

[3]) R.-G. (I.) 20. Juni 1883, Entsch. Bd. X. S. 5.

[4]) R.-G. (II.) 20. Mai 1884 und (V.) 24. Okt. 1885, Entsch. Bd. XI. S. 173, Bolze Bd. II. Nr. 591. A. M. Cosack S. 115; Menzel S. 158, 159.

[5]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 779 § 114 Anm. 41; Fitting S. 143 § 16 Anm. 2; Hartmann S. 76, 77; Mandry S. 467 § 50 Anm. 16; Menzel S. 147, 148; v. Völderndorff Bd. I. S. 345 Anm. 19; Willenbücher S. 54; v. Wilmowski S. 141; R.-G. (II.) 20. Mai 1884, Entsch. Bd. XI. S. 173. A. M. Cosack S. 78; Korn S. 84 ff.

[6]) R.-G. (III.) 4. April 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 157; bayer. oberstes Landesg. 20. März 1886, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 285 ff.

[7]) R.-G. (III.) 1. März 1881 und (I.) 4. Febr. 1885, Entsch. Bd. VI. S. 28, Bolze Bd. I. Nr. 534.

Kenntnis haben müssen, also wirklich die Absicht gekannt, nicht aber wenn das Kennenmüssen so verstanden wird, dass der Anfechtungsgegner bei gehöriger Sorgfalt Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht erlangt haben würde.[1]) Die Kenntnis des Anfechtungsgegners muss, wenn es sich um einen Vertrag handelt, wie die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhanden sein,[2]) bei anderen Rechtshandlungen aber in dem Zeitpunkte des Erwerbes.[3]) Soweit die Handlung eines Stellvertreters in Frage steht, gelten dieselben Grundsätze, wie bei der Anfechtung nach § 23. (V. Bem. I. 3 zu diesem §.)[4])

c. Die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners kann nicht dadurch festgestellt werden, dass dem Anfechtungsgegner darüber der Eid zugeschoben wird. Eine solche Eideszuschiebung über die bei einer anderen Person bestehende Absicht bezieht sich nicht auf eine Thatsache im Sinne des § 410 der C.-P.-O., sondern mutet dem Anfechtungsgegner, der diese Absicht nicht direkt wahrnehmen kann, ein Urteil zu. Gegenstand der Wahrnehmung desselben ist nicht die Absicht des Gemeinschuldners, sind vielmehr nur die Thatsachen, aus denen sich diese ergiebt. Das vom Gerichte festzustellende Ergebnis kann aber hier so wenig wie bei der Zahlungseinstellung den Gegenstand der Eideszuschiebung bilden. Auch dadurch, dass dem Anfechtungsgegner der Eid über die Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners zugeschoben wird, kann diese nicht festgestellt werden, denn daraus, dass der Anfechtungsgegner annimmt, der Gemeinschuldner habe die Benachteiligungsabsicht gehabt, ergiebt sich die zunächst erforderliche selbständige Feststellung dieser Absicht nicht. Der Beweis der Benachteiligungsabsicht lässt sich ebensowenig wie derjenige der Zahlungseinstellung durch Eideszuschiebung über die Kenntnis von derselben erbringen.[5]) Ist die Benachteiligungsabsicht in anderer Weise festgestellt, d. h. die Überzeugung des Gerichtes von deren Vorhandensein begründet, so kann dem Anfechtungsgegner dagegen der Eid darüber zugeschoben werden, ob er von der Absicht Kenntnis hatte. Bei dieser Kenntnis handelt es sich für ihn um einen Gegenstand eigener Wahrnehmung. (Bem. I. 3 zu § 23.)[6])

4. Objektive Benachteiligung.

In § 24 Z. 1 wird zwar nicht ausdrücklich bestimmt, dass eine Benachteiligung der Gläubiger die Voraussetzung der Anfechtbarkeit bilde. Aber diese Voraussetzung ergiebt sich von selbst aus der Natur und dem Zwecke der Anfechtung, durch welche solche Gegenstände, welche „aus dem Vermögen des Schuldners veräussert oder weggegeben oder aufgegeben worden sind", wieder zu demselben zurückgebracht werden sollen. Hat eine Entziehung von Befriedigungsmitteln überhaupt nicht stattgefunden, so kann von einer Rückgewähr nicht die Rede sein. Das blosse Vorhandensein einer Benachteiligungsabsicht, durch welche die Rechte der Gläubiger, weil sie keinerlei Erfolg hat, nicht beeinträchtigt werden,

[1]) Vgl. Menzel S. 152.

[2]) Vgl. Hartmann S. 101; Korn S. 87; Kranichfeld S. 22 Nr. 8; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 21; Meisner S. 466; Menzel S. 152; v. Sarwey S. 168; Stieglitz S. 148; v. Völderndorff Bd. I. S. 347; v. Wilmowski S. 141.

[3]) Vgl. Kranichfeld a. a. O.; Krasnopolski a. a. O. S. 23; v. Sarwey S. 170. A. M. Menzel a. a. O., der auch hier nur den Zeitpunkt der Rechtshandlung für erheblich hält.

[4]) Vgl. ferner: Hartmann S. 103 ff. und R.-G. (III.) 10. Juli 1885, Bolze Bd. II. Nr. 587.

[5]) Vgl. Brettner in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 728 ff.; Korn S. 89; Jäckel S. 74, 84; Rocholl Bd. I. S. 155; v. Wilmowski S. 142; R.-G. (I.) 12. Nov. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 365. A. M. Hartmann S. 101; Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 152; R.-G. (V.) 24. Okt. 1885, Entsch. Bd. XV. S. 368.

[6]) Vgl. die in der vor. Anm. angef. Schriftsteller, ferner Otto S. 191; R.-G. (III.) 4. Febr. 1881, Entsch Bd. III. S. 430.

kann auch die Anfechtung nicht rechtfertigen.[1]) An der erwähnten Voraussetzung fehlt es beispielsweise, wenn die veräusserten Vermögensgegenstände mit Pfandrechten belastet sind und nur die Pfandforderung decken[2]) oder wenn die in Frage stehenden Gegenstände nur verborgen, nicht aber Rechte an denselben übertragen wurden.[3]) Hienach wird, damit die Anfechtung begründet ist, ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der angefochtenen Rechtshandlung und der Benachteiligung vorausgesetzt.[4]) Es genügt aber in dieser Beziehung auch hier, dass die Rechtshandlung zur Herbeiführung des benachteiligenden Erfolges beigetragen hat. Ob die Benachteiligung auch auf anderem Wege durch eine unanfechtbare Handlung hätte herbeigeführt werden können, ist einerlei.[5]) Auch kommt es hier, wo die Benachteiligung nicht wie in § 23 Z. 1 „durch die Eingehung" eines Rechtsgeschäftes verursacht worden sein muss, nicht auf die Angemessenheit des Entgelts an. Die Benachteiligung ist vielmehr schon dann gegeben, wenn ein Vermögensbestandteil vom Gemeinschuldner veräussert oder weggegeben, ein Entgelt für denselben aber in der Masse nicht vorhanden ist.[6]) Ferner kommt darauf nichts an, ob der Anfechtungsgegner durch die angefochtene Rechtshandlung bereichert worden ist. Der Anfechtung kann z. B. ein Mietvertrag unterliegen, der zu dem Zweck abgeschlossen wurde, damit der Vermieter durch Geltendmachung seines Pfandrechtes oder Zurückbehaltungsrechtes die Befriedigung der übrigen Gläubiger verhindern könne. Ob eine Benachteiligung vorliegt, ist überhaupt nicht vom Standpunkt des Gemeinschuldners, sondern von demjenigen der Gläubiger zu beurteilen.[7]) Die Anfechtung wird deshalb nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Anfechtungsgegner die Tilgung bestimmter Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners übernahm und diese Verpflichtung erfüllte. Wenn auch durch einen solchen Vertrag der Stand der Masse im allgemeinen nicht verändert wurde, so können durch denselben doch anderen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen worden sein. War dies die Absicht des Gemeinschuldners und kannte der Anfechtungsgegner dieselbe, so ist der Thatbestand des § 24 Z. 1 gegeben.

Eine Benachteiligung der Gläubiger liegt unter allen Umständen vor, wenn durch die angefochtene Handlung die Konkursmasse verringert wird, bezw. die zu derselben gehörigen Gegenstände belastet werden. Eine solche Benachteiligung ist auch in der Veräusserung einer bedingten Forderung enthalten,[8]) ebenso in der Einräumung eines Pfandrechtes,[9]) selbst

[1]) Vgl. Brettner in der jur. Wochenschr. 1883 S. 214; Cosack S. 59 ff.; Fitting § 15 S. 136; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 35 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 302; v. Wilmowski S. 117 ff.; R.-G. (II.) 30. Okt. 1885 und (VI.) 18. Mai 1887, jur. Wochenschr. 1885 S. 355, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1119 ff.; ferner die in der folgenden Anm. angeführten Urteile des R.-G. A. M.: R.-G. (I.) 12. Nov. 1884 und 4. Febr. 1885, Bolze Bd. I. Nr. 534.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 17. März 1885, (III.) 26. Jan. 1886, (VI.) 27. Sept. u. 28. Okt. 1886, (II.) 30. Nov. 1886, (I.) 27. Okt. 1887, Entsch. Bd. XV. S. 62 ff. bes. 65, jur. Wochenschr. 1886 S. 317, 1887 S. 475, Bolze Bd. I. Nr. 546, Bd. III. Nr. 375, 378, 384.

[3]) O.-L.-G. Kiel 16. Okt. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 23.

[4]) Vgl. u. a. R.-G. (V.) 24. Juni 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 162.

[5]) R.-G. (I.) 20. Juni 1883, Entsch. Bd. X. S. 5 ff.

[6]) R.-G. (I.) 19. Mai u. 20. Juni 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 227, Entsch. Bd. X. S. 8; O.-L.-G. Celle 4. Juni 1880 u. O.-L.-G. Braunschw. 12. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 36 S. 126, Bd. 38 S. 143; O.-L.-G. Jena in den Bl. für Rechtspfl. Bd. 31 S. 341; Brettner in der jur. Wochenschr. 1883 S. 214.

[7]) R.-G. (III.) 4. April 1882, (I.) 20. Mai 1883, (II.) 17. März u. 19. Nov. 1885, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 157, Entsch. Bd. X. S. 8, Bd. XIII. S. 301, jur. Wochenschr. 1886 S. 14 und Bolze Bd. II. Nr. 573; Brettner a. a. O. S. 215.

[8]) R.-G. (V.) 24. Mai 1884, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 407.

[9]) Hartmann S. 95; Jäckel S. 62; Otto S. 83, 84; v. Sarwey S. 169; Stieglitz S. 146; R.-G. V.) 24. Mai 1884, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 407; bayer. oberstes Landesg. 20. April 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 40 ff.

wenn ein Anspruch auf Sicherstellung der Forderung bestand (Bem. I. 5),[1] endlich in der Einräumung eines Zurückbehaltungsrechtes bezw. in der Verschaffung von Gelegenheit zur Ausübung eines solchen Rechtes.[2] Auch wenn die Sicherstellung auf dem Wege der Klage oder Zwangsvollstreckung erreicht wurde, ist die Anfechtung nach § 24 Z. 1 begründet, sofern sich die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners, welche auch in Verbindung mit einem passiven Verhalten desselben vorkommen kann, nachweisen lässt.[3] Ob die Benachteiligung, welche auch in der Verzögerung der Befriedigung eines Gläubigers bestehen kann,[4] gerade in der Art eingetreten ist, in welcher sich der Gemeinschuldner dieselbe vorgestellt hat, ist gleichgültig. Es genügt, dass die Absicht desselben überhaupt auf eine Benachteiligung der Gläubiger gerichtet war.[5] Da die Benachteiligung eine allgemeine Voraussetzung der Anfechtung ist, muss der Konkursverwalter, wenn sich dieselbe nicht ohne weiteres aus der Beschaffenheit der angefochtenen Handlung ergiebt, nachweisen, dass eine solche Benachteiligung stattgefunden hat.[6] Der Nachweis, dass das vorhandene Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger ausreiche, der während des Konkursverfahrens nicht leicht geführt werden kann, genügt nicht, um die Anfechtung zu beseitigen, da weder zur Konkurseröffnung noch zur Begründung des Anfechtungsanspruches eine Unzulänglichkeit des Vermögens vorausgesetzt wird, auch die Benachteiligung in der Entziehung bestimmter Befriedigungsmittel und der dadurch herbeigeführten Verzögerung der Befriedigung bestehen kann. Die erfolgreiche Anfechtung kann ja unter Umständen die sofortige Befriedigung aller Gläubiger durch die flüssig gemachten Mittel und die Aufhebung des Konkursverfahrens ermöglichen.[7]

5. *Die Anfechtung der Erfüllung einer Verbindlichkeit insbesondere von Zahlungen.*

Leistungen, welche die Erfüllung einer Verbindlichkeit bezwecken, insbesondere Zahlungen sind unzweifelhaft Rechtshandlungen und unterliegen deshalb an sich der Anfechtung nach § 24 Z. 1. Mit Rücksicht auf den subjektiven Thatbestand dieser Anfechtung sind jedoch bezüglich der Anfechtbarkeit der erwähnten Rechtshandlungen verschiedene Zweifel entstanden, so dass eine besondere Erörterung als angemessen erscheint. (M. S. 131.) Soweit die Zahlung einer nicht fälligen Schuld in Frage steht, kann die Möglichkeit einer Benachteiligungsabsicht nicht in Abrede gestellt werden,[8] ebenso dann nicht, wenn der Fälligkeitstermin auf einen früheren Zeitpunkt verlegt worden ist.[9] In beiden Fällen ergreift die Anfechtung, wenn sie begründet ist, die ganze verfrühte Leistung. (Vgl. Bem. III. 2 zu § 23 S. 120.) Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, dass die Anfechtung nach § 24 Z. 1 begründet sein kann, wenn es sich um Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit handelt (Vgl. Bem.

[1] R.-G. (VI.) 31. Mai u. 28. Okt. 1886, (VI.) 22. Dez. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 27, Bolze Bd. III. Nr. 371, jur. Wochenschr. 1888 S. 70. Vgl. dageg. Cosack S. 115; Korn S. 141 ff.; Menzel S. 158, 159.

[2] Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 171.

[3] Vgl. Hartmann S. 99; Menzel S. 159 Nr. 6.

[4] Krasnopolski a. a. O. S. 24; R.-G. (I. H.-S.) 10. Febr. 1880 u. (V.) 20. Dez. 1884, Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 1066, Bolze Bd. I. Nr. 539. A. M. anscheinend Menzel S. 149.

[5] Vgl. Cosack S. 144.

[6] Vgl. dag. v. Völderndorff Bd. I. S. 345; v. Wilmowski S. 143.

[7] Vgl. hiezu v. Völderndorff Bd. I. S. 342 Anm. 11, aber auch S. 302 Anm. 13.

[8] Cosack S. 115; Hartmann S. 88; Jäckel S. 58; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 30; Korn S. 145; Menzel S. 158; Otto S. 83; Steinbach S. 30; v. Wilmowski S. 142; O.-L.-G. Hamburg in der Hanseat. Gerichtszeit. 1882 (Beibl.) S. 96.

[9] O.-L.-G. Hamburg 7. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 113.

III. 2 zu § 23) [1]) oder die Befriedigung durch Hingabe an Zahlungsstatt erfolgte. [2]) Begründete Zweifel bestehen nur in denjenigen Fällen, in welchen eine fällige Schuld bezahlt oder eine andere fällige Verbindlichkeit erfüllt worden ist. Auch bei dieser Sachlage muss die Anfechtbarkeit zwar ohne weiteres angenommen werden, wenn die erfüllte Verbindlichkeit selbst der Anfechtung unterliegt, denn auf dem Wege der Anfechtung sollen gerade die Wirkungen der anfechtbaren Handlungen durch die Verpflichtung zur Rückgewähr beseitigt werden. [3]) Dagegen besteht darüber ein ernstlicher Streit, ob auch die Erfüllung von unanfechtbaren fälligen Verbindlichkeiten angefochten werden könne oder ob hier die Anfechtung unbedingt ausgeschlossen sei. In den Motiven (S. 131) wurde in dieser Beziehung bemerkt: „Bei geschuldeten Leistungen wird allerdings der Regel nach der Satz gelten: nullam videri fraudem facere, qui suum recipit; sie kann aber von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Übereinkunft begleitet und deshalb anfechtbar sein.“ Dieser Auffassung, deren Begründung allerdings nicht befriedigt, ist im Ergebnis beizutreten. Thatsächlich wird zwar bei Zahlungen und anderen Erfüllungshandlungen, welche nicht schon unter die Vorschriften des § 23 fallen, die Absicht der Benachteiligung bei dem Gemeinschuldner nicht leicht anzunehmen sein, wenn er lediglich dasjenige geleistet hat, wozu er gerichtlich angehalten werden konnte. Aber unmöglich ist es nicht, dass diese Absicht, welche in den gegebenen Vermögensverhältnissen begründet sein kann, besteht, indem z. B. der Gemeinschuldner einen bestimmten Gläubiger nur deshalb befriedigt, um einem andern den Zugriff auf bestimmte Befriedigungsmittel zu entziehen. Ist aber diese Absicht vorhanden und hat der Anfechtungsgegner von derselben Kenntnis gehabt, so liegt kein Grund vor, die Anwendung des § 24 Z. 1 auszuschliessen. Man darf nicht einwenden, dass derjenige, welcher nur annehme, was er zu fordern habe, nicht rechtswidrig gehandelt haben und deshalb nicht zur Rückgewähr verpflichtet sein könne, denn das Gesetz verlangt auf Seite des Anfechtungsgegners nur, dass er von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis gehabt habe. Mit Rücksicht auf diese Kenntnis wird das Verhalten des Anfechtungsgegners als ein rechtswidriges, nämlich als Teilnahme an einer unerlaubten Handlung, angesehen und behandelt. (Bem. III. 1 zu § 22.) Nimmt man an, die auf Benachteiligung der Gläubiger gerichtete Absicht und die Kenntnis derselben genüge nicht, um die anfechtbare Handlung als eine unerlaubte zu bezeichnen, so würde daraus nur folgen, dass es sich auch bei § 24 Z. 1 nicht um ein Delikt oder Quasidelikt handelt. Bei dieser Annahme fehlt aber erst recht jeder Grund, die Zahlung einer fälligen Schuld unter allen Umständen der Anfechtung zu entziehen. Auch nach § 23 Z. 1 kann ja derjenige zur Rückgewähr angehalten werden, der nur erhielt, was er an sich rechtlich zu beanspruchen hatte. Ebensowenig darf man sich für die entgegengesetzte Auffassung auf § 27 der Konkursordnung berufen, welche Wechselzahlungen gegen die Anfechtung aus § 23 Z. 1 schützt. Es muss vielmehr, da § 27 nur die Anfechtung aus § 23 Z. 1 erwähnt, angenommen werden, dass die in der Absicht der Benachteiligung erfolgten Wechselzahlungen nach dem Willen des Gesetzes nicht gegen die Anfechtung geschützt, sondern wie andere Zahlungen behandelt werden sollen. Wollte man aber auch annehmen, bei der Abfassung des § 27 sei die

[1]) Cosack S. 115; Jäckel S. 60; Otto S. 83. A. M. Korn S. 145.

[2]) Jäckel S. 60, 61; Krasnopolski a. a. O. S. 32; Otto S. 83; Rocholl Bd. I. S. 447; v. Sarwey S. 169; Stieglitz S. 146; v. Völderndorff Bd. I. S. 343; R.-G. (III.) 14. Febr. u. 4. April 1882, (V.) 24. Juni 1882 u. 6. Dez. 1884, (II.) 8. Juni 1883, 17. März 1885 u. 30. Nov. 1886, Entsch. Bd. VI. S. 44, Bd. IX. S. 102, Bd. XIII. S. 298, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 157 u. 1139, jur. Wochenschr. 1885 S. 28, Bolze Bd. I. Nr. 546; bayer. oberstes Landesg. 20. März 1886, Sammlung Bd. XI. S. 370 ff., Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 285 ff.; O.-L.-G. Kiel 17. Dez. 1883, ebendas. Bd. 39 S. 271; O.-L.-G. Stuttgart 25. Febr. 1887, Jahrb. der württemb. Rechtspfl. Bd. I. S. 38. A. M. Cosack S. 115 u. Korn S. 141 ff.

[3]) V. die ausführl. Begründung bei Rocholl Bd. I. S. 457 ff., 468 ff.; ferner Jäckel S. 55.

Auffassung massgebend gewesen, nach § 24 könne die Anfechtung von Zahlungen einer fälligen Schuld thatsächlich nicht vorkommen, so würde dies an der Sachlage nichts ändern. [1])

II. Entgeltliche Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten oder seinen nahen Verwandten. (§ 24 Z. 2.)

1) Den Vorschriften in Z. 2 des § liegt die auf den Erfahrungen des täglichen Lebens beruhende Annahme zu Grund, dass die Verträge, welche der Gemeinschuldner kurze Zeit vor der Konkurseröffnung mit seinem Ehegatten oder seinem nahen Verwandten abgeschlossen hat, häufig ja in der Regel in der Absicht vorgenommen werden, diesen Personen auf Kosten der Gläubiger etwas zuzuwenden oder doch den Gläubigern die ihnen gebührende Befriedigung zu entziehen und dieselben in dieser Weise zu benachteiligen. Deshalb wurde die Anfechtung derartiger Verträge in ähnlicher Weise wie in § 23 Z. 2 erleichtert. Der Verwalter braucht hienach, wenn die Voraussetzungen der Z. 2 vorliegen, nur den Beweis zu führen, dass die Gläubiger durch den Abschluss des Vertrages benachteiligt worden sind. Dagegen hat er weder zu beweisen, dass der Gemeinschuldner die Absicht der Benachteiligung hatte, noch dass diese Absicht dem Ehegatten oder Verwandten bekannt war. Der Anfechtungsgegner kann dagegen die Anfechtung dadurch beseitigen, dass er nachweist, es sei ihm eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht bekannt gewesen. Dieser Beweis kann natürlich auch mittelbar dadurch erbracht werden, dass nachgewiesen wird, eine solche Benachteiligungsabsicht habe überhaupt nicht bestanden, denn wenn die Absicht selbst fehlte, ist es ausgeschlossen, dass der Anfechtungsgegner von derselben Kenntnis gehabt habe. Der dem Anfechtungsgegner obliegende Beweis kann (nach § 410 C.-P.-O.) nicht durch Eideszuschiebung an den Konkursverwalter erbracht werden, da die Unkenntnis sich nicht dazu eignet, Gegenstand der Wahrnehmung des Verwalters zu sein. (V. Bem. I. 3 S. 127.) [2]) Hat auf Seite des Erwerbers ein Stellvertreter gehandelt, so muss der Anfechtungsgegner nachweisen, dass weder er noch der Vertreter von der Benachteiligungsabsicht Kenntnis hatte; dass dagegen der Verwalter, wenn der Anfechtungsgegner seine Unkenntnis bewiesen hat, die Kenntnis des Vertreters beweisen müsse, ist mit den Grundsätzen über die Stellvertretung nicht zu vereinbaren. [3])

Die Benachteiligung muss ebenso wie nach § 23 Z. 1 Satz 1 „durch den Abschluss des Vertrages" herbeigeführt worden sein. Dies war schon in den Motiven (S. 132) als erforderlich bezeichnet. Von der Reichstagskommission wurden sodann die Worte „durch den Abschluss" beigefügt. Hienach treffen auch hier die auf diese Benachteiligung bezüglichen früheren Bemerkungen (Bem. II. 2 zu § 23 S. 114) zu, nach welchen es nicht genügt,

[1]) Vgl. Fitting S. 144, 145 § 16 Anm. 3; Hartmann S. 91; Hartzfeld S. 505, 506, 508; Jäckel S. 56, 57; Kranichfeld S. 23; Otto S. 70; Rocholl Bd. I. S. 456 ff.; v. Sarwey S. 169; Steinbach S. 29; Stieglitz S. 148; v. Völderndorff Bd. I. S. 343; Wengler S. 217; Willenbücher S. 54; v. Wilmowski S. 142; ferner: R.-G. (V.) 24. Juni 1882, 5. Nov. 1884 u. 8. Juli 1885, (II.) 13. Febr. 1886, (VI.) 31. Mai 1886, (II.) 6. Juli 1886, (VI.) 28. Okt. 1886, (IV.) 28. März 1887, (III.) 23. März 1888, Entsch. Bd. XVI. S. 27 u. 61; Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 160, Bd. 29 S. 1039, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 39; jur. Wochenschr. 1885 S. 71, 1886 S. 415, 1888 S. 179; rhein. Arch. Bd. 77 Abt. III. S. 99; Bolze Bd. II. Nr. 567, Bd. III. Nr. 371, Bd. IV. Nr. 359; O.-L.-G. Hamburg 16. Mai 1882; Hanseat. Gerichtszeit. 1882 (Beibl.) S. 96. A. M. sind: Cosack S. 114 ff., 130 ff.; Eccius Bd. I. S. 779 § 114 Anm. 41; Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 29 S. 302, Bd. 31 S. 496, 497; Grützmann S. 129; Krasnopolski a. a. O. S. 29; Menzel S. 153 ff.; bayer. oberstes Landesg. 29. Jan. 1883, Sammlung Bd. IX. S. 11; O.-L.-G. Stuttgart 30. Dez. 1880, württemb. Arch. Bd. 22 S. 373 ff., 380.

[2]) Brettner in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 728; Jäckel S. 73, 74; Korn S. 91; v. Wilmowski S. 144 Nr. 5.

[3]) A. M. Jäckel S. 75, 76 bes. Anm. 18.

dass der benachteiligende Erfolg durch besondere Umstände herbeigeführt wurde. [1]) Der Unterschied, der in den Z. 1 und 2 bezüglich der Bezeichnung der Gläubiger gemacht wurde („seine" und „die"), ist bedeutungslos. Die Redaktionskommission hat allerdings in Z. 2 das Wort „die" gesetzt, um die Anfechtbarkeit auch für den Fall klarzustellen, in welchem die Forderung des geschädigten Gläubigers erst nach dem Vertragsabschluss entstanden ist. Diese Auslegung ist aber nach Z. 1 ebenfalls möglich. [2])

Die Frist von einem Jahre, von der Konkurseröffnung rückwärts gerechnet, innerhalb dessen der fragliche Vertrag abgeschlossen worden sein muss, wenn die Anfechtung begründet sein soll, ist nicht als eine prozessualische Frist zu betrachten; deshalb sind bezüglich der Berechnung derselben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes massgebend. (V. Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. S. 88.) Dass die Auflassung eines Grundstückes oder die Übergabe einer beweglichen Sache innerhalb der Jahresfrist erfolgte, genügt, um die Anfechtung zu begründen, wenn lediglich der dingliche Vertrag den Gegenstand der Anfechtung bildet. Erst durch die Auflassung bezw. Übergabe d. h. mit der Vollendung des Veräusserungsgeschäftes ist in diesen Fällen die anfechtbare Handlung zur Entstehung gelangt. (Vgl. im übrigen Bem. II. 2 zu § 23.[3]) Die nach § 24 Z. 2 anfechtbare Handlung ist als eine unerlaubte im Sinne des § 32 C.-P.-O. nicht anzusehen, weil eine Rechtsvermutung, kraft deren die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners bis zum Beweis des Gegenteils als erwiesen angesehen werden soll, im Gesetz nicht enthalten ist, vielmehr der Anfechtungsgegner nur dadurch, dass er seine Unkenntnis beweist, die Anfechtung beseitigen kann. Das gesetzgeberische Motiv, dass in den vorgesehenen Fällen meistens eine Benachteiligungsabsicht vorliegt, rechtfertigt noch nicht die Annahme, dass dieselbe auch in jedem einzelnen Falle vorgelegen habe und dem Anfechtungsgegner bekannt gewesen sei. Auch folgt daraus, dass dieser den Beweis der Unkenntnis nicht führen kann, nicht mit Sicherheit, dass er wirklich Kenntnis von einer Benachteiligungsabsicht hatte. Selbst wenn dem Vertrag in Wirklichkeit eine (versteckte) unentgeltliche Verfügung zu Grund liegt, was häufig der Fall sein wird, braucht der Anfechtungsgegner noch nicht in bösem Glauben zu sein. Die Sache kann vielmehr ebenso liegen wie nach § 25 Z. 1 u. 2. (Vgl. Bem. III. 1 zu § 22 und Bem. I. 2 zu § 23.)

2) Dass das Gesetz nur von „entgeltlichen Verträgen", nicht von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners spricht, hat darin seinen Grund, dass einseitige Handlungen, bei denen eine Gegenleistung nicht erfolgt, als unentgeltliche Verfügungen ohnedies durch § 25 betroffen werden. Es wird übrigens nicht vorausgesetzt, dass der Vertrag als eine Veräusserungshandlung anzusehen ist. Der Ausdruck wurde gewählt, weil die bisher üblichen Bezeichnungen „Veräusserung unter lästigem Titel" oder „entgeltliche Veräusserung" zu Zweifeln Veranlassung gegeben hatten. (M. S. 132, 133.) Entgeltliche Verträge sind alle zweiseitigen Verträge, welche nicht als unentgeltliche Verfügungen anzusehen sind. Ob der äusseren Erscheinung nach ein Vertrag vorliegt, ist nicht entscheidend. Vielmehr fallen unter § 24 Z. 2 alle auf dem übereinstimmenden gegenseitigen Willen der Parteien beruhenden Rechtshandlungen.[4]) Andererseits ist, wenn der Form nach ein entgeltlicher

[1]) Die obige Beschränkung ist anscheinend übersehen von Willenbücher S. 55 lit. b. Vgl. dag. Brettner in der jur. Wochenschr. 1883 S. 214 ff.; Cosack S. 119; Grützmann S. 142; Hartmann S. 111; Jäckel S. 82; Korn S. 190; Kranichfeld S. 25 Nr. 17; Menzel S. 164; v. Wilmowski S. 144; ferner R.-G. (II.) 13. März 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 41.

[2]) V. Hartmann S. 84; v. Völderndorff Bd. I. S. 346, 347; Willenbücher S. 55 Anm.; A. M. Kranichfeld S. 26.

[3]) So das R.-G. (VI.) 13. Jan. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 357.

[4]) Vgl. Brettner in der jur. Wochenschr. 1883 S. 215; R.-G. (II.) 23. Febr. 1886, ebendas. 1886 S. 117.

Vertrag vorliegt, die Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Verdacht besteht, in demselben sei eine unentgeltliche Verfügung versteckt. (Bem. I. 1 zu § 22.) Insbesondere gehören hierher: Erbteilungsverträge,[1]) Pacht- und Mietverträge, Vereinbarungen über Hingabe an Zahlungsstatt, Pfand- und Hypothekbestellungen,[2]) Erteilungen von vollstreckbaren Urkunden[3]) und Vereinbarungen über Prozessführung.[4]) Eine Zahlung für sich allein ist nicht als Vertrag anzusehen, ebensowenig die bezüglich der Zahlung ausgestellte Quittung.[5]) Dagegen bildet die Vereinbarung, dass eine Zahlung erfolgen und angenommen werden, dadurch aber der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit werden soll, einen entgeltlichen Vertrag. Die Ausstattung ist nur dann als eine entgeltliche Verfügung anzusehen, wenn sie von einer hiezu verpflichteten Person gegeben wird, welche sich durch die Gewährung von einer Verbindlichkeit befreit.[6]) Soweit eine Verbindlichkeit hiezu nicht besteht, liegt eine unentgeltliche Verfügung vor, die nicht nach § 24, sondern nach § 25 zu beurteilen ist.[7]) Die Annahme eines an lästige Bedingungen geknüpften Vermächtnisses, bei welcher es sich um zwei von einander unabhängige einseitige Erklärungen handelt, kann nicht als entgeltlicher Vertrag betrachtet werden.[8])

3) In der Ziehung des Kreises der zu den nahen Verwandten gehörigen Personen folgt die Konkursordnung der preussischen und bayerischen Gesetzgebung (preuss. Konkursordnung § 102 Nr. 3, bayer. Pr.-O. § 1223 Nr. 4; M. S. 132.) Im einzelnen ist in dieser Beziehung folgendes zu bemerken:

a. Soweit es sich um einen Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten handelt, genügt es, dass die Ehe zur Zeit der Anfechtung besteht, und ist es nicht erforderlich, dass dieselbe schon zur Zeit des Vertrages abgeschlossen war. Ja es ist nicht einmal notwendig, dass zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits die Thatsache der Verlobung bestand, oder beabsichtigt war („vor oder während der Ehe“).[9]) Verträge zwischen geschiedenen Ehegatten sind durch § 24 nicht betroffen. Wohl aber kann ein Vertrag, den der Gemeinschuldner in der Jahresfrist mit seinem damaligen Ehegatten („während der Ehe“) geschlossen hat, angefochten werden, wenn auch die Ehe später geschieden wurde. Die Bestimmung, dass die Anfechtung auch dann eintritt, wenn der Vertrag vor Eingehung der Ehe abgeschlossen wurde, gilt nach der bestimmten Fassung des

[1]) A. M. nur Cosack S. 130, 131 Z. 4 u. 5 infolge seiner Annahme, dass eine Benachteiligung sämtlicher Gläubiger vorliegen müsse. Vgl. noch v. Wilmowski S. 143.

[2]) R.-G. (III.) 24. Febr. 1882, (I.) 7. Okt. 1882, (II.) 9. Febr. 1883, Entsch. Bd. VI. S. 85, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 382, jur. Wochenschr. 1883 S. 113, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 178, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 353; bayer. oberstes Landesg. 20. März 1883, Sammlung Bd. X., S. 44 u. Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 407; O.-L.-G. Zweibrücken 13. April 1885, Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 69 ff. bes. 77.

[3]) R.-G. (II.) 8. Juni 1883, Entsch. Bd. IX. S. 100.

[4]) Cosack S. 128; Menzel S. 162; R.-G. (II.) 23. Febr. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 117; O.-L.-G. Zweibrücken in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 67 ff. bes. 73. A. M. O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. I. S. 139.

[5]) Dernburg Bd. II. S. 327; R.-G. (VI.) 2. Juni 1886 und (II.) 13. Febr. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 373, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. III. S. 99. A. M. Brettner in der jur. Wochenschr. 1883 S. 215; Cosack S. 130.

[6]) Cosack S. 139, 150 ff.; Hartmann S. 109; Jäckel S. 96, 97; Korn S. 51, 52; Kranichfeld S. 31; v. Sarwey S. 180; Stieglitz S. 155; v. Wilmowski S. 146.

[7]) O.-L.-G. Karlsruhe 20. Okt. 1882 u. R.-G. (II.) 13. April 1883, bad. Ann. Bd. 49 S. 89, 295, Puchelts Zeitschr. Bd. 15 S. 47. Vgl. dag. Cosack S. 120 Anm. 3; Dernburg Bd. II. S. 326 § 129 Anm. 3; Grützmann S. 139 unten.

[8]) A. M. Cosack S. 131 Nr. 5.

[9]) Cosack S. 121 lit. a.; Jäckel S. 87; v. Sarwey S. 176.

§ nur für die Verträge unter den künftigen Ehegatten, nicht für solche zwischen dem Gemeinschuldner und dem künftigen Ehegatten eines seiner nahen Verwandten.[1])

Auch bei dem Vertrag mit Verwandten des Ehegatten wird übrigens vorausgesetzt, dass der Ehegatte zur Zeit der Rechtshandlung noch gelebt hat. Verträge mit Verwandten des gewesenen Ehegatten unterliegen der Anfechtung nicht. Die Anfechtung der mit den Verwandten des verstorbenen Ehegatten geschlossenen Verträge wurde schon im preussischen Rechte beseitigt.[2])

b. Da das Gesetz nur von Verwandten, nicht von Blutsverwandten oder ehelichen Verwandten spricht, ist die Anfechtung auch dann gerechtfertigt, wenn die Verwandtschaft durch Annahme an Kindesstatt begründet wurde oder es sich um einen Vertrag mit einem unehelichen Kind oder Bruder u. s. w. handelt, sofern nur nach dem bürgerlichen Rechte ein Verwandtschaftsverhältnis besteht.[3]) Ein blosses Pflegeverhältnis kann dagegen die Anfechtung nicht begründen.[4])

c. Handelt auf der einen Seite ein freiwillig bestellter oder notwendiger Vertreter, so entscheidet doch nur das Verhältnis zwischen den Vertragschliessenden selbst; es kommt sonach nur die zwischen den letzteren bestehende Verwandtschaft in Betracht.[5]) Der Testamentsvollstrecker ist nicht Vertreter des Erblassers oder des Erben; daher findet auf Verträge, welche er mit dem Konkursverwalter über den Nachlass oder über das Vermögen der Erben geschlossen hat, § 24 Z. 2 keine Anwendung.[6])

§ 25.

Anfechtbar sind:

1. die in dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;
2. die in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraumes von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsguts oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rück-

[1]) Vgl. Cosack S. 125; Eccius Bd. I. S. 779 § 114 Anm. 42; Hartmann S. 114; Jäckel S. 87, 90; Kranichfeld S. 27; v. Sarwey S. 176; Stieglitz S. 152; v. Völderndorff Bd. I. S. 352, 354; Willenbücher S. 56; v. Wilmowski S. 144; R.-G. (I.) 7. Okt. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 382; O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. I. S. 139.

[2]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 779 § 114 Anm. 42; Hartmann S. 114; Meves S. 38; Otto 198; v. Wilmowski S. 144; R.-G. 7. Okt. 1882, Juristenzeit. Bd. VIII. S. 98; jur. Wochenschr. 1882 S. 261. A. M. sind: Jäckel S. 89; v. Völderndorff Bd. I. S. 353.

[3]) Dernburg Bd. II. S. 327 § 129 Anm. 6; Hartmann S. 113; Jäckel S. 89; Kranichfeld S. 27; v. Sarwey S. 176; Stieglitz S. 151; v. Völderndorff Bd. I. S. 352 Z. II.; Willenbücher S. 56 Nr. 6; v. Wilmowski S. 143, 144. Vgl. dag. Cosack S. 122.

[4]) Cosack S. 122; Dernburg Bd. II. S. 327 § 129 Anm. 6; Kranichfeld S. 27 Nr. 20; v. Völderndorff Bd. I. S. 352 Nr. II.

[5]) Cosack S. 132, 133; v. Wilmowski S. 144.

[6]) O.-L.-G. Hamburg 17. April 1883, hanseat. Gerichtszeit. 1883 Beibl. S. 253.

gewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

(E. § 25; M. S. 133 ff.; K. S. 23 ff.; pr. K.-O. §§ 102 Nr. 2 und 103 Nr. 3—5.)

I. Allgemeiner Grundsatz. (Z. 1.)

1) In Beziehung auf freigebige Verfügungen des Gemeinschuldners geht die Konkursordnung in § 25 von anderen als den bisher dargelegten Grundsätzen aus. Davon, ob ein Betrug oder eine Benachteiligung der Gläubiger beabsichtigt war, sieht das Gesetz hier ganz ab und erklärt die innerhalb eines gewissen Zeitraums erfolgten freigebigen Verfügungen ohne Rücksicht auf die Absicht des Gemeinschuldners oder dessen Vermögensverhältnisse zur Zeit der Verfügung für anfechtbar. Durch unentgeltliche Verfügungen werden den Gläubigern immer Befriedigungsmittel entzogen, ohne dass eine entsprechende Gegenleistung in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt. Wer aber einen Vorteil unentgeltlich erworben hat oder erwerben will, soll Gläubigern weichen, deren Befriedigung durch die unentgeltliche Verfügung vereitelt oder doch beeinträchtigt wird. Ebensowenig wie das Vorhandensein einer Benachteiligungsabsicht kommt bei § 25 der Umstand in Betracht, ob das Vermögen des Gemeinschuldners zur Zeit der Verfügung zur Befriedigung der Gläubiger ausreichte und ob sich die Unzulänglichkeit äusserlich kund gab. Die Anfechtung wird nicht gestattet, weil das Vermögen zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte, sondern weil später eine Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. (M. S. 134, 135.) Von diesem Grundsatze ausgehend, gestattet § 25 Z. 1 die Anfechtung aller unentgeltlichen Verfügungen, welche der Gemeinschuldner im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens (Bem. II. 1) vorgenommen hat. Erfolgte die Verfügung schon vor dieser Zeit, so kann dieselbe immer noch nach § 24 Z. 1 angefochten werden, wenn die Voraussetzungen dieses § vorliegen. Es ist aber dann dem Beschenkten nachzuweisen, dass er von der Benachteiligungsabsicht des Gläubigers Kenntnis hatte. Auch können solche Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nach welchen bei Anfechtung von unentgeltlichen Verfügungen dieser Beweis nicht erforderlich ist, nicht neben den Bestimmungen der Konkursordnung zur Anwendung gebracht werden. Da die Anfechtung im Interesse der Gläubiger ohne Rücksicht auf eine Benachteiligungsabsicht und auf die zur Zeit der unentgeltlichen Verfügung bestehenden, nicht immer erkennbaren Vermögensverhältnisse gestattet wurde, sollte der redliche Erwerber nach Ablauf der einjährigen Frist auch gegen Angriffe gesichert sein. (M. S. 135.) Die Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung ist also, soweit das Verhältnis des § 25 zu § 24 in Betracht kommt, von wesentlicher Bedeutung für den vom Konkursverwalter zu erbringenden Beweis. Ist die in Frage stehende Schenkung nichtig, so kann der Konkursverwalter die Nichtigkeit an Stelle des Gemeinschuldners natürlich auch dann geltend machen, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung nach § 25 nicht vorliegen. (Bem. II. 1 zu § 5.)[1])

2) Mit Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke, welche nicht dazu bestimmt sind, den Beschenkten zu bereichern, sondern nur, ihm ein Zeichen der Zuneigung zu geben (M. S. 135), unterliegen alle unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners der Anfechtung nach § 25 Z. 1. Diese Vorschrift bezieht sich also im Gegensatz zu § 24 Z. 2 auf diejenigen Verfügungen, bei denen der Gemeinschuldner kein oder doch kein vollständiges Entgelt für seine Leistung erhält. Auf die äussere Form kommt es nicht an.

[1]) O.-L.-G. Dresden 1. Okt. 1886, Wengler, Arch. 1887 N. F. Bd. VIII. S. 280 ff., Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 125 ff.

Eine Schenkung kann auch in die Form des Kaufvertrags u. s. w. gekleidet oder versteckt und umgekehrt auch ein als Schenkung bezeichneter Vertrag, z. B. die Übertragung eines Gutes vom Vater auf den Sohn gegen Übernahme gewisser Leistungen, als entgeltliches Geschäft anzusehen sein. Entscheidend ist, ob thatsächlich die Leistung des Gemeinschuldners ganz oder teilweise ohne Entgelt gewährt wurde und ob auch dessen Absicht auf eine solche Leistung ohne Entgelt gerichtet war. Ausserdem ist die Annahme einer unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § ausgeschlossen, wenn für den Gemeinschuldner zur Vornahme der Verfügung eine rechtliche Verpflichtung bestand, wenn es sich z. B. um die Ausstattung eines Kindes handelt und die Eltern hiezu nach der bestehenden Gesetzgebung verpflichtet sind. (V. Bem. II. 2 zu § 24 S. 133.) Der Begriff der „unentgeltlichen Verfügung" fällt nicht, wie der Verfasser der Motive (S. 135, 136) angenommen hat, zusammen mit demjenigen der Schenkung im Sinne des bürgerlichen Rechtes, sondern ist umfassender als dieser.[1]) Damit eine unentgeltliche Verfügung gegeben ist, braucht nicht notwendig eine Bereicherung des Empfängers vorzuliegen. Es ist z. B. die Zahlung einer fremden Schuld auch dem Gläubiger gegenüber als unentgeltliche Verfügung anzusehen, denn vonseite des Zahlenden, der nicht Schuldner ist, erhält der Gläubiger, was er von dieser Person nicht zu fordern hat und wofür er derselben kein Entgelt giebt.[2]) Sodann ist die Schenkung ein Vertrag, während die unentgeltliche Verfügung auch als einseitige Verfügung auftreten kann. So ist z. B. die Erfüllung einer natürlichen Verbindlichkeit niemals Schenkung, aber möglicherweise unentgeltliche Verfügung.[3]) Nicht bloss diejenige Verfügung ist unentgeltlich, bei welcher eine Gegenleistung überhaupt nicht vorgesehen ist,[4]) sonst würden die Schenkungen unter einer Auflage, sowie die gegenseitigen und vergeltenden Schenkungen, welche unzweifelhaft unentgeltliche Verfügungen, wenn auch nicht rein unentgeltlich sind,[5]) als solche nicht gelten können. Auch würde eine solche da nicht vorliegen, wo die Gegenleistung nur die zeitweise, regelmässig sich wiederholende Anerkennung des fremden Rechtes an einer unentgeltlich geliehenen Sache bewirken soll. Eine unentgeltliche Verfügung liegt vielmehr schon dann vor, wenn der Leistung von der einen Seite nicht eine als vollständige Vergütung für dieselbe bestimmte Gegenleistung gegenübersteht, welche dem Wert derselben entspricht, oder doch nach dem Willen der Beteiligten entsprechen soll. Ob eine solche Verfügung vorliegt, ist nicht ausschliesslich nach dem Inhalt der Parteibehauptungen zu bemessen, weil die Parteien ein Interesse daran haben können, den wirklichen Sachverhalt zu verdecken. Aber es kommt auch nicht lediglich auf den objektiven Wert der geleisteten Sache an, welcher durch besondere Verhältnisse bestimmt werden oder auf irrtümlicher Schätzung beruhen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob diese Sache nach dem Willen der Parteien eine vollständige Gegenleistung bilden sollte.[6]) Ein blosses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung macht aber eine Verfügung nicht zu einer unentgeltlichen.

Dass die Leistung freiwillig erfolgte, ist nicht Voraussetzung der Unentgeltlichkeit. Auch wenn der Geber einem Dritten gegenüber zu der Leistung verpflichtet war oder der

[1]) Vgl. Cosack S. 133 ff.; Grützmann S. 190; Hartmann S. 120; Jäckel S. 95; Menzel S. 121; Otto S. 132; Steinbach S. 33 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 359; v. Wilmowski S. 145, 146; Erläuterungen zum österreich. Entw. eines Anfechtungsges. S. 33; R.-G. (II.) 27. Nov. 1883, Entsch. Bd. X. S. 86 u. Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 232. A. M. Fitting S. 147 § 16 Anm. 10; Fuchs S. 52; v. Sarwey S. 178; ff.; Stieglitz S. 154.

[2]) R.-G. (II.) 27. Nov. 1883 a. a. O.

[3]) A. M. v. Wilmowski S. 146.

[4]) Cosack S. 134, 137 ff.; Eccius Bd. I. S. 780 § 114 Anm. 43; Hartmann S. 120; Menzel S. 124 lit. d.

[5]) Hartmann S. 124; v. Sarwey S. 180 Nr. 6.

[6]) Cosack S. 135 ff.; Menzel S. 122; v. Wilmowski S. 146.

Empfänger dieselbe von einem Dritten zu fordern hatte, bleibt die Zuwendung dem Empfänger gegenüber eine unentgeltliche.[1]) Eine solche liegt dagegen nicht vor, wenn der Geber dem Empfänger gegenüber zu der Leistung verpflichtet war, da in diesem Falle der Leistende in der Befreiung von seiner Verbindlichkeit eine Gegenleistung von gleichem Wert erhält und das Vermögen des Empfängers um den Betrag der Forderung vermindert wird. Auch die unentgeltliche Verfügung übrigens kann nur dann angefochten werden, wenn sie eine Benachteiligung der Gläubiger enthält. Deshalb unterliegt derselben nicht die Schenkung von Todes wegen und die unentgeltliche Besorgung fremder Angelegenheiten.

Die unentgeltliche Verfügung kann auch in der Form eines Verzichts auf einen Erwerb oder eine Entsagung erfolgen und ist dann insoweit anfechtbar, als eine solche Entsagung überhaupt angefochten werden kann.[2]) (Bem. I. 4 zu § 22.)

Neben der reinen unentgeltlichen Verfügung kommen die gemischten Geschäfte in Betracht, bei denen zwar eine Gegenleistung vorliegt, diese aber dem Wert der Leistung nicht entspricht und nicht entsprechen soll. Solche Geschäfte, welche gleichzeitig eine entgeltliche und eine unentgeltliche Verfügung enthalten, unterliegen der Anfechtung nur insoweit, als es an einem Entgelt fehlt.[3]) Die Schenkung unter Auflage einer Leistung an eine dritte Person ist, sofern nicht der Schenkende durch die Erfüllung der Auflage von einer Verbindlichkeit gegen den Dritten befreit wird, als eine rein unentgeltliche Verfügung anzusehen, da dem Schenker ein Entgelt aus dem Vermögen des Empfängers nicht gewährt wird.[4]) Dagegen liegt ein gemischtes Geschäft vor, wenn der Gegenstand der Auflage eine an den Schenkgeber zu bewirkende Leistung bildet, was insbesondere bei bäuerlichen Gutsübergaben häufig vorkommt.[5]) Ferner ist ein solches Geschäft gegeben, wenn ein Darlehen ohne Verzinsung oder gegen einen geringeren als den üblichen Zinsfuss gewährt oder eine Wohnung gegen einen unverhältnismässig geringen Mietzins überlassen wurde. Doch trifft dies nur dann zu, wenn die Festsetzung des geringen Zinsfusses oder Mietzinses nicht in besonderen Verhältnissen ihren Grund hat und mit Rücksicht darauf ein entsprechendes Entgelt bilden soll, sondern wenn die Gewährung eines vollständigen Entgelts ausserhalb der Absicht der Vertragschliessenden liegt. Ausser den bereits oben erwähnten Fällen, in welchen zwischen Leistung und Gegenleistung nur ein objektives Missverhältnis besteht, das die Entgeltlichkeit nicht aufhebt, sind von den gemischten Geschäften auch die verdeckten Schenkungen zu unterscheiden. Ist die unentgeltliche Verfügung in die Form eines entgeltlichen Geschäfts gekleidet, so unterliegt dieses Geschäft, da der Sache nach eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, trotzdem der Anfechtung nach § 25. (Bem. I. 1 zu § 22 S. 90 a. E.) Nicht das vorgeschobene nur zum Schein gewollte Geschäft, sondern die in demselben versteckte Verfügung ist der Anfechtung unterworfen.

Die unentgeltliche Verfügung kann in der Bestellung oder Übertragung von Rechten, der Übernahme von Verpflichtungen, der Befreiung von einer Schuld bestehen, sich aber auch in einem gerichtlichen Anerkenntnis,[6]) sowie in dem Verzicht auf einen Anspruch,

[1]) Cosack S. 139 ff. A. M. Menzel S. 123; v. Völderndorff Bd. I. S. 358 Anm. 6; Willenbücher S. 57 Nr. 1.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 16. Okt. 1885, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 547; ferner O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1885, bad. Ann. Bd. 51 S. 373.

[3]) Vgl. Fitting S. 147 § 16 Anm. 10; Hartmann S. 121; Hartzfeld S. 523; Korn S. 108; Krasnopolski a. a. O. S. 44; Menzel S. 128; Otto S. 133; v. Sarwey S. 180 Nr. 6; Stieglitz S. 156; Willenbücher S. 57 Nr. 1; v. Wilmowski S. 146; O.-L.-G. Darmstadt 7. Juli 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 164.

[4]) Cosack S. 145; Hartmann S. 124; Menzel S. 124, 125. A. M. Hartzfeld S. 523; v. Sarwey S. 180 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. I. S. 360 Anm. 20.

[5]) V. Hartmann S. 123; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 35.

[6]) R.-G. (II.) 7. Juli 1885, Blum, Urt. u. Ann. Bd. III. S. 278; Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 380.

dem Nichterscheinen oder Nichtverhandeln vor Gericht, der Unterlassung einer Erklärung oder in einem Geständnis kundgeben. Die Ausstellung oder Verlängerung eines Wechsels kann für sich allein als unentgeltliche Verfügung nicht angesehen werden,[1]) weil sich aus dem Wechsel selbst nicht ergiebt, welches Verhältnis zur Ausstellung desselben führte. Soll in dieser Beziehung § 25 zur Anwendung kommen, so muss vielmehr auf das zu Grund liegende Rechtsverhältnis zurückgegangen werden. (Vgl. Bem. II. 2 zu § 23 S. 115.)

Damit der Begriff „Gelegenheitsgeschenk" zutrifft, wird — abgesehen von dem oben berührten, bei allen Schenkungen vorausgesetzten subjektiven Erfordernis — ein Doppeltes vorausgesetzt. Einmal muss das Geschenk bei Gelegenheit eines Ereignisses erfolgen, welches, wie das Weihnachtsfest, der Geburts- und Namenstag, die Hochzeit, der Abschied, nach dem Herkommen Veranlassung zu derartigen Schenkungen giebt. Die Morgengabe, welche den Zweck einer wirtschaftlichen Bereicherung der Ehefrau verfolgt, nicht bloss Zeichen der Zuneigung ist, gehört zu den Gelegenheitsgeschenken nicht.[2]) Trinkgelder dagegen können hiezu gerechnet werden. Sodann wird vorausgesetzt, dass das Geschenk sowohl mit Rücksicht auf den gegebenen Anlass als auf das Vermögen des Schenkgebers und dessen persönliche Beziehungen zum Beschenkten das übliche Mass nicht überschreitet. Soweit dieses bei dem Gelegenheitsgeschenk überschritten worden ist, erscheint die Anfechtung desselben als begründet. War ein solches Geschenk gar nicht beabsichtigt, wurde der ohne Rücksicht auf die gegebene Gelegenheit gewollten unentgeltlichen Verfügung vielmehr nur der Schein eines Gelegenheitsgeschenkes gegeben, so ist die Schenkung ihrem ganzen Betrage nach der Anfechtung unterworfen.

3. *Leibrenten- und Versicherungsvertrag.*

In der preussischen Konkursordnung (§ 102 Nr. 1) und der bayer. Pr.-O. (§§ 1224, 1227) wurden Verträge, durch welche der Gemeinschuldner Gegenstände seines Vermögens auf Leibrenten gegeben hat, ohne Rücksicht auf den guten oder bösen Glauben des Gemeinschuldners und des Rentenverkäufers für anfechtbar erklärt, sofern sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor der Konkurseröffnung abgeschlossen wurden.

Von einer besonderen Vorschrift dieser Art wurde bei der Konkursordnung Umgang genommen, weil bei der neuerdings eingetretenen Häufigkeit solcher Geschäfte die Vermutung, dass durch dieselben die Gläubiger benachteiligt werden sollten, nicht allgemein zutreffe. Die Leibrentenverträge sind an sich entgeltliche Verträge und deshalb regelmässig nach § 24 zu beurteilen. Ist aber die Leibrente nur als scheinbares Entgelt bedungen worden, so dass in Wirklichkeit eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, so ist die Anfechtung nach § 25 begründet. Von dem Leibrentenvertrag, in welchem demjenigen, der eine bestimmte Vermögensaufwendung macht, als Entgelt für seine Person eine Leibrente zugesichert wird, ist übrigens die Vereinbarung zu unterscheiden, auf Grund deren zugunsten einer dritten Person Einlagen bei einer Rentenversicherungsanstalt gemacht werden, damit diese nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder nach dem Tod des Prämienzahlers dem Dritten eine Leibrente auszahle. Diese Vereinbarung, welche als ein reiner Versicherungsvertrag anzusehen ist, stellt sich im Verhältnisse zwischen dem Prämienzahler und dem seinerzeitigen Empfänger der Leibrente ebenso, wie wenn dem Dritten ein bestimmtes Kapital auszuzahlen ist, als eine unentgeltliche Verfügung dar, welche mit dem Tag der Fälligkeit der Versicherungssumme bezw. der Leibrente wirksam wird. Ist zu dieser Zeit über das Vermögen des Prämienzahlers oder über dessen Nachlass das Konkursverfahren eröffnet, so unterliegt diese unentgeltliche Verfügung der Anfechtung nach § 25, sofern der Fälligkeitstermin in die hier vorgesehene Zeit fällt. Die Versicherungssumme geht

[1]) R.-G. (I.) 3. Febr. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 386; Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VI. S. 4.
[2]) V. R.-O.-H.-G. 16. Jan. 1877, Entsch. Bd. 21 S. 277. A. M. Jäckel S. 99.

zwar in diesem Falle nicht aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers in dasjenige des Bedachten über, weil nur der Anspruch auf die Summe, nicht diese selbst einen Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers bildet und selbst das nicht der Fall ist, wenn die Police sofort auf den Namen des Bedachten ausgestellt wurde. (Vgl. § 1 Bem. III. 1 b, S. 7 und 8.)[1] Aber die Prämien, welche zum grossen Teil als Sparkasseneinlagen anzusehen sind, aus welchen das bei dem Tode des Versicherungsnehmers zu zahlende Kapital zu bilden ist, wurden doch aus dessen Vermögen entnommen und gelangen mittelbar in der Form der Versicherungssumme oder der Leibrente in das Vermögen des Bedachten, ohne dass von dessen Seite eine Gegenleistung erfolgt.[2])

II. Freigebigkeiten des Gemeinschuldners an oder für seinen Ehegatten. (Z. 2.)

1) Bezüglich der unentgeltlichen Verfügungen, welche der Gemeinschuldner zugunsten seines Ehegatten getroffen hat, gelten im allgemeinen dieselben Grundsätze, wie wenn es sich um fremde Personen handelt. Während die pr. Konkursordnung (§ 103 Nr. 3) den Ehegatten des Gemeinschuldners, der sich im Besitze einer unentgeltlichen Bereicherung aus dessen Vermögen befindet, für verpflichtet erklärt, diese zur Befriedigung der Gläubiger herauszugeben, zu welcher Zeit auch die Schenkung an ihn erfolgt sein mag, erweitert die Konkursordnung nur, in Übereinstimmung mit der bayer. Pr.-O. (§ 1223 Nr. 2), die einjährige Frist der Nr. 1 dem Ehegatten des Gemeinschuldners gegenüber auf die letzten zwei Jahre. (M. S. 137.)

In Rechtsgebieten, in welchen Schenkungen unter Ehegatten nichtig sind, ist für die Anwendung des § 25 kein Raum. Der Konkursverwalter kann aber dann die Nichtigkeit der Ehefrau gegenüber geltend machen. (Vgl. oben Bem. I. 1 S. 135 und Bem. II. 1 zu § 5.)

Unentgeltliche Verfügungen, welche der Gemeinschuldner vor der Eheschliessung vorgenommen hat, können nicht als Verfügungen zugunsten seines Ehegatten angesehen werden. Aus dem Wortlaut des § 25 Z. 2 und der Vergleichung desselben mit § 24 Z. 2 ergiebt sich vielmehr, dass § 25 Z. 2 das Bestehen der Ehe zur Zeit der Verfügung voraussetzt. Dass man die im Entwurfe stehenden Worte „nach geschlossener Ehe“ gestrichen hat, ändert hieran nichts, da die Streichung auch deshalb erfolgt sein kann, weil die Worte für überflüssig gehalten wurden.[3]) Hienach würde, wenn unentgeltliche Verfügungen zugunsten des geschiedenen Ehegatten vorkommen sollten, die Anfechtung nach § 25 Z. 2 gleichfalls ausgeschlossen sein, und derselben ebenso eine Verfügung nicht unterliegen, welche nach der Nichtigerklärung der Ehe erfolgt.

Gelegenheitsgeschenke unter Ehegatten sind zwar in Z. 2 nicht ausdrücklich ausgenommen. Die Ausnahme, welche in Z. 1 in Beziehung auf solche Geschenke getroffen wurde, muss jedoch, da die Gründe für diese Vorschrift auch hier zutreffen, ja der Begriff der Gelegenheitsgeschenke sich gerade als Ausnahme von dem gemeinrechtlichen Verbot der Schenkungen unter Ehegatten entwickelt hat, auch bei Z. 2 zur Anwendung kommen, durch

[1]) Vgl. Wolff in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 12 S. 184; Mals ebendas. Bd. 13 S. 495; Hinrichs ebendas. Bd. 20 S. 414 ff. und Predöhl in dieser Zeitschr. Bd. 22 S. 472; Stobbe, d. Privatr. Bd. III. S. 370; ferner: O.-A.-G. München 11. Febr. 1868 in Seuffert, Arch. Bd. 26 S. 273 u. in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 12 S. 184, und Urteil dieses Gerichts v. 11. Juni 1870, Seuffert, Arch. a. a. O.; endlich R.-G. (V.) 17. Okt. 1885 und (VI.) 18. Mai 1887, Bolze Bd. II. Nr. 1074, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1120, 1121.

[2]) Hartmann S. 125 ff.; Mals a. a. O. S. 500. A. M. O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Ann. Bd. VII. S. 532 ff. Der von diesem Gericht verwertete § 33 der K.-O. trifft nicht zu, weil der Bedachte nicht Rechtsnachfolger der Versicherungsgesellschaft in Ansehung der Prämien ist.

[3]) Cosack S. 146; Fitting S. 148 § 16 Anm. 11; Jäckel S. 100; Kranichfeld S. 31; Meves S. 41; R.-G. (III.) 12. Okt. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 164 und Juristenzeit. Bd. IX. S. 118; O.-L.-G. Kiel 29. Jan. 1883, Schleswig-Holst. Anz. 1883 S. 118. A. M. Hartmann S. 129; v. Völderndorff Bd. I. S. 365; Willenbücher S. 57; Nr. 2; v. Wilmowski S. 147 Nr. 5.

welche im wesentlichen nur die Frist zur Anfechtung der sich auf die Ehefrau beziehenden Rechtsgeschäfte erweitert werden sollte. In den Motiven (S. 135 Anm. 3) ist denn auch zur Begründung der Ausnahme auf ein Urteil des A.-G. Celle vom 22. Febr. 1870 (Seuffert Arch. Bd. 24 S. 67) Bezug genommen worden, welches sich auf ein Gelegenheitsgeschenk unter Ehegatten bezog.[1])

2) In derselben Weise, wie die unentgeltlichen Verfügungen, ist die in den letzten zwei Jahren erfolgte Rückgewähr oder Sicherstellung des Heiratsguts d. h. des durch Vereinbarung den Zwecken der Ehe dauernd gewidmeten Frauenvermögens[2]) oder des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemanns gelangten Vermögens der Ehefrau für anfechtbar erklärt, falls dieselbe freiwillig d. h. ohne rechtliche Notwendigkeit erfolgt ist. Das „vorbehaltene" Vermögen der Ehefrau gehört zu diesem Vermögen auch dann nicht, wenn es dem Ehemanne übergeben und thatsächlich von ihm verwaltet worden ist.[3]) Das Heiratsgut umfasst auch das Vermögen des Ehemannes, das den Zwecken der Ehe gewidmet worden ist (Eheschenkung, Morgengabe, Widerlage, Einbringen in die Gütergemeinschaft). Es kann deshalb auch eine von der Ehefrau ausgegangene Sicherstellung oder Rückgewähr der Anfechtung unterliegen, wenn diese in Konkurs geraten ist.[4]) Dagegen sind derartige Rechtshandlungen, soweit nicht § 24 Z. 1 zur Anwendung kommt, unanfechtbar, sofern es sich lediglich um Erfüllung einer schon mehr als zwei Jahre vor der Konkurseröffnung begründeten Verbindlichkeit handelt d. h. wenn der Ehemann zur Rückgewähr oder Sicherstellung kraft gesetzlicher Vorschrift oder zufolge eines vor Beginn des zweijährigen Zeitraumes rechtsgültig abgeschlossenen Vertrages verpflichtet war.

So wenig eine vor Eingehung der Ehe getroffene unentgeltliche Verfügung der Anfechtung nach § 25 Z. 2 unterliegt, so wenig ist dies in Ansehung der vor der Eheschliessung verabredeten Sicherung der Fall. Auch in dieser Beziehung wird vielmehr vorausgesetzt, dass eine Ehe besteht.[5]) Wurde in den letzten zwei Jahren vor der Eröffnung des Verfahrens ein Heiratsgut oder Frauenvermögen gleichzeitig mit der Übergabe an den Ehegatten sichergestellt oder die Verpflichtung zur Sicherung oder Rückgewähr innerhalb dieser Zeit zugleich mit dem Empfang desselben (Zug um Zug) übernommen, so findet übrigens die Anfechtung nach § 25 Z. 2 gleichfalls nicht statt, weil der Ehegatte das Vermögen nie anders als mit dieser Belastung besessen hat.[6])

Unter den Begriff „Rückgewähr" fällt jede Verminderung des dem Zugriffe der Gläubiger unterworfenen[7]) Vermögens des Gemeinschuldners infolge gänzlicher oder teilweiser Aufhebung der durch die Ehe begründeten Güterrechtsverhältnisse, z. B. der Ausschluss der bestehenden Gütergemeinschaft.[8]) Dabei ist es gleichgültig, ob die der Ehefrau gehörenden zurückgewährten Gegenstände in deren Gewahrsam zurückkehren oder ob unter Fortdauer des Gewahrsams des Ehemannes für die Ehefrau (z. B. dadurch, dass Wertpapiere auf deren Namen gestellt und der Veräusserung durch den Ehemann entzogen werden) ein Aussonderungsrecht begründet wird. Wegen des Begriffs Sicherstellung ist Bem. II. 3 zu § 23 S. 116 zu

[1]) Cosack S. 147; Eccius Bd. I. S. 780 § 114 Anm. 44; Fitting S. 148 § 16 Anm. 12; Fuchs S. 53; Hartmann S. 130; Jäckel S. 99; Mandry S. 471; Stieglitz S. 157 a. E.; Wengler S. 226. A. M. Grützmann S. 192; Hartzfeld S. 523; Korn S. 106; Kranichfeld S. 32; Meves S. 41; Otto S. 135; v. Sarwey S. 183; v. Völderndorff Bd. I. S. 366; Willenbücher S. 58; v. Wilmowski S. 147. So auch Ldg. Leipzig 16. Mai 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. VIII. S. 747.

[2]) Cosack S. 154 ff.; Hartmann S. 131; v. Wilmowski S. 148.

[3]) Cosack S. 155, 156.

[4]) Cosack S. 155, 159.

[5]) Grützmann S. 200; R.-G. (III.) 12. Okt 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 164; Juristenzeit. Bd. IX. S. 118. Vgl. dag. v. Völderndorff Bd. I. S. 372 und Willenbücher S. 59.

[6]) Vgl. Grützmann a. a. O.

[7]) Vgl. O.-L.-G. Jena 27. Nov. 1884, Bl. für Rechtspfl. Bd. 32 S. 349.

[8]) R.-G. (III.) 12. Okt. 1883 a. a. O.

vergleichen. Die anzufechtende Sicherstellung oder Rückgewähr muss nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes vom Gemeinschuldner vorgenommen worden sein. Die persönliche Mitwirkung des Anfechtungsgegners braucht dagegen nicht immer vorzuliegen, da, soweit das Heiratsgut oder sonstige Vermögen der Ehefrau in Frage steht, der Ehemann als Verwalter des Vermögens derselben gehandelt haben kann.[1]) Die gesetzliche Verpflichtung zur Rückgewähr wird nicht dadurch ersetzt, dass der Ehefrau nach der Landesgesetzgebung ein Vorzugsrecht zusteht.[2]) Nach rheinischem Rechte (Art. 1470 und 1493 C. c.) ist der Ehemann nicht verpflichtet, der Ehefrau den Erlös ihres veräusserten Sondergutes vor Auflösung der Gütergemeinschaft zu erstatten.[3]) Wird die Sicherstellung oder Rückgewähr in einer anderen als derjenigen Weise bewirkt, zu welcher der Gemeinschuldner verpflichtet war, so unterliegt dieselbe der Anfechtung, weil hiezu eine Verpflichtung nicht bestand. Dasselbe gilt, wenn statt der Sicherstellung Rückgewähr erfolgte oder umgekehrt.[4])

Dass die Rückgabe des in Frage stehenden Frauenvermögens, wenn dieselbe auf Grund eines richterlichen Urteils erfolgte, das dem Ehemann die Verwaltung dieses Vermögens entzog oder in den Ländern des französischen Rechtes die Gütertrennung aussprach (Art. 1443 ff. Code civil), nicht nach § 25 Z. 2 angefochten werden kann, ergiebt sich aus den obigen Ausführungen. Nur sofern die dem Urteil zu Grund liegenden Erklärungen oder Anerkennungen des Ehemannes mit Erfolg angefochten werden können, also ungeachtet des Urteils eine freiwillige Rückgabe vorliegt, kann eine solche Anfechtung in Frage kommen.

3) Die Bestimmung des § 103 Z. 4 der pr. Konkursordnung, welche bezüglich der Rückgewähr und Sicherstellung des Frauenvermögens alle Rechtsnachfolger der Ehefrau diesen gleichstellt, wurde in die Konkursordnung absichtlich nicht aufgenommen und zwar teils mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 33 der Konkursordnung, teils weil eine besondere Bestimmung dieser Art als überflüssig erschien, da das Gesetz nicht bloss von der Rückgewähr an die Ehefrau spricht. (M. S. 137, 138 u. K. S. 23.) Hat die Ehefrau ihre Ansprüche auf Rückgewähr einem Dritten übertragen, und hat die Rückgewähr an denselben stattgefunden, so kann — abgesehen von der Anfechtung nach § 24 Z. 1 — auch § 25 Z. 2 zur Anwendung kommen.[5]) Auch die Herausgabe an den Rechtsnachfolger des Ehegatten, welcher letztere im voraus den Gegenwert von dem Dritten empfangen hat oder von diesem nach erfolgter Rückgewähr erhält, ist als (mittelbare) Rückgewähr an den Ehegatten anzusehen. Den Erben gegenüber kann die vor dem Tode des anderen Ehegatten erfolgte Rückgewähr nur nach § 33 angefochten werden.

Eine besondere Vorschrift über die Anfechtbarkeit von Quittungen, Anerkenntnissen oder Zugeständnissen wurde gleichfalls für überflüssig gehalten, weil kein Grund vorliege, bezüglich dieser Handlungen Ausnahmebestimmungen zu treffen. (M. S. 138.)

§ 26.

Rechtshandlungen, welche früher als sechs Monate vor der Eröffnung des Verfahrens erfolgt sind, können aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.

(E. § 26; M. S. 138 ff.; K. S. 25; pr. K.-O. § 122 Abs. 4.)

[1]) Vgl. Cosack S. 158 Nr. 4.

[2]) O.-L.-G. Dresden 20. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 737 ff., 763 ff.

[3]) R.-G. (II.) 30. Okt. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 311.

[4]) R.-G. (III.) 13. Juni 1882 u. 27. Okt. 1885, Entsch. Bd. VII. S. 110, Bd. XV. S. 19.

[5]) Vgl. Cosack S. 159 ff.; Eccius Bd. I. S. 780 § 114 Anm. 45; Fitting S. 148 § 16 Anm. 13; Grützmann S. 194; Hartmann S. 133 ff.; Hullmann S. 148, 149; Jäckel S. 106; Kranichfeld S. 33 Nr. 31; Otto S. 137, 138; Stieglitz S. 161; v. Völderndorff Bd. I. S. 367, 371; Willenbücher S. 58 Nr. 4; v. Wilmowski S. 149 Nr. 7. A. M. Korn S. 111 ff.; v. Sarwey S. 186.

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Die Vorschrift des § hat in der Erwägung ihren Grund, es könne mit Rücksicht auf den grossen Zeitraum zwischen der Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung die Meinung begründet sein, eine wirkliche Zahlungseinstellung habe damals nicht vorgelegen oder sei doch wieder beseitigt worden, so dass die nachträglich erfolgte Konkurseröffnung auf einer anderen erst später eingetretenen Zahlungseinstellung beruhe. (M. S. 138, 139.) Soweit die Zahlungseinstellung bezw. die Kenntnis derselben die Grundlage der Anfechtung bildet, wird hienach mit Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs eine Zahlungseinstellung, welche früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat, nicht berücksichtigt, oder was dasselbe ist, Rechtshandlungen, welche vor dieser Zeit erfolgt sind, können lediglich mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung nicht mit Erfolg angefochten werden. Demnach kann § 26 nicht überall Anwendung finden, wo die Anfechtung mit Rücksicht auf die Zeit der Vornahme der anfechtbaren Handlung gestattet wurde.

2. *Anfechtung mit Rücksicht auf die Zahlungseinstellung.*

(§ 23 Z. 1 u. 2.)

Dass die Vorschrift des § nur dann zur Anwendung kommen kann, wenn es sich um eine Anfechtung auf Grund des § 23 handelt, nicht aber wenn eine Rechtshandlung nach § 24 oder 25 angefochten wird, ist klar. Dieselbe bezieht sich aber auch nicht auf alle nach § 23 Z. 1 anfechtbaren Handlungen, nämlich nicht auf diejenigen, welche angefochten werden, weil sie nach dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens vorgenommen wurden. In diesen Fällen braucht eine Zahlungseinstellung überhaupt nicht vorzuliegen, da zur Konkurseröffnung eine solche nicht vorausgesetzt wird. (§ 94.) Auch gehört das Vorhandensein einer Zahlungseinstellung und der Kenntnis derselben nicht zum Thatbestand der Anfechtung. Es kann also, wenn ein solcher Fall überhaupt vorkommen sollte, nicht behauptet werden, dass die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolge. [1]) Wohl aber können Zweifel darüber bestehen, ob die Vorschrift bloss im Falle einer Anfechtung nach § 23 Z. 1 Platz greift, oder ob sie auch zutrifft, wenn die Anfechtung auf Z. 2 des § 23 gestützt wird. Im Gesetz ist nur von Anfechtungen „aus dem Grunde der Kenntnis der Zahlungseinstellung“ die Rede. Zur Anfechtung wegen Begünstigung eines Konkursgläubigers (§ 23 Z. 2) wird aber nicht notwendig vorausgesetzt, dass der betreffende Gläubiger von der Zahlungseinstellung Kenntnis hatte, genügt es vielmehr, dass er den Nachweis nicht liefern kann, es sei ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung noch eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners bekannt gewesen. Mit Rücksicht auf den dem Anfechtungsgegner obliegenden Beweis der Unkenntnis der Zahlungseinstellung ist bezüglich der nach der Zahlungseinstellung vorgenommenen Handlungen, welche gemäss § 23 Z. 2 angefochten werden, jedenfalls anzunehmen, dass die Anfechtung im Sinne des § 26 „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolgt. Dagegen würde die Anwendung des § 26 in denjenigen Fällen ausgeschlossen sein, in welchen eine Handlung nach Z. 2 deshalb angefochten wird, weil sie nach dem Eröffnungsantrage oder in den zehn Tagen vor demselben erfolgte. Denn wenn es überhaupt vorkommen sollte, dass der Konkurs erst so lange nach dem Eröffnungsantrage verhängt würde, so hat der Anfechtungsgegner doch hier seine Unkenntnis von der Zahlungseinstellung nicht nachzuweisen, weil letztere vor dem Eröffnungsantrage nicht vor-

[1]) Vgl. Francke in Buschs Zeitschrift Bd. IV. S. 518; Fuchs S. 47; Korn S. 220; Meisner S. 125, 126; Otto S. 121, 122; v. Wilmowski S. 151. A. M. anscheinend Eccius Bd. I. S. 778 § 114 Nr. 3.

zuliegen braucht. Noch weniger kann von der Anwendung des § die Rede sein, wenn die Handlung vor der Zahlungseinstellung vorgenommen wurde, denn in diesem Falle lässt sich schlechterdings nicht sagen, dass die Anfechtung „aus dem Grunde einer Kenntnis der Zahlungseinstellung“ erfolge. Der dem § 26 zu Grund liegende Gedanke hätte bei folgerichtiger Durchführung zu einer weitergehenden Vorschrift wohl führen können. Aber bei der bestimmten Fassung des Gesetzes lässt sich die Beseitigung der in demselben enthaltenen Beschränkung durch ausdehnende Auslegung nicht rechtfertigen. [1])

3. Berechnung der Frist.

Die Frist von sechs Monaten, welche für die Anwendung des § entscheidend ist, kann, da sie nicht für die Anstellung der Klage gegeben ist, sondern sich ebenso wie die in den §§ 24 und 25 aufgestellten Fristen auf die materiellen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit bezieht, nicht als eine prozessualische Frist angesehen werden und ist deshalb nicht nach den Vorschriften der C.-P.-O., sondern nach denen des bürgerlichen Rechtes zu berechnen. [2]) Würde § 200 der C.-P.-O. für massgebend gehalten, so müsste die Vorschrift desselben in der Weise Anwendung finden, dass, wenn zwischen dem Tage der Vornahme einer angefochtenen Rechtshandlung und dem Tage der Konkurseröffnung mehr als sechs Monate liegen, die letzten Tage, an welchen die Konkurseröffnung deshalb nicht erfolgen konnte, weil dieselben auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fielen, nicht mitzurechnen wären. [3]) Die Gerichtsferien sind hier unter allen Umständen ohne Einfluss auf den Fristenlauf, weil dieselben das Konkursverfahren nicht aufhalten. (§ 204 G.-V.-G. Vgl. noch Vorbem. 3 zu § 22 ff.)

§ 27.

Wechselzahlungen des Gemeinschuldners können auf Grund des § 23 Nr. 1 von dem Empfänger nicht zurückgefordert werden, wenn nach Wechselrecht der Empfänger bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete zur Annahme der Zahlung verbunden war.

Die gezahlte Wechselsumme muss von dem letzten Wechselregresschuldner oder, falls derselbe den Wechsel für Rechnung eines Dritten begeben hatte, von diesem erstattet werden, wenn dem letzten Wechselregresschuldner oder dem Dritten zu der

[1]) Vgl. hiezu: Cosack S. 205; Francke a. a. O. S. 517 ff.; Grützmann S. 144, 145; Korn S. 220, welche § 26 auf die unter § 23 Z. 2 gehörigen Fälle überhaupt nicht anwenden wollen; ferner Meisner S. 125, 126. Die Anwendung der Vorschrift auf alle Fälle des § 23 Z. 2 verlangen; Eccius a. a. O.; Fitting S. 151; Fuchs S. 49; Grisebach in Buschs Zeitschr. Bd. V. S. 432 ff.; Hullmann S. 150; Meves S. 37; Otto S. 197; v. Sarwey S. 188; Stieglitz S. 162; Willenbücher S. 59; v. Wilmowski S. 150.

[2]) Cosack S. 98; Korn S. 222; Otto S. 122; Stieglitz S. 162; Willenbücher S. 59; v. Wilmowski S. 151; R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 328; O.-L.-G. Köln 12. Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. I. S. 18. A. M. Fitting S. 151 § 16 Anm. 20; v. Sarwey S. 188; v. Völderndorff Bd. I. S. 373.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 188. A. M. Fitting S. 151 § 16 Anm. 20; v. Völderndorff Bd. I. S. 374.

Zeit, als er den Wechsel begab oder begeben liess, einer der im § 23 Nr. 1 erwähnten Umstände bekannt war.

(E. § 27; M. S. 139 ff.; K. S. 25 und 149; pr. K.-O. § 100 Abs. 2 u 3.)

I. Ausnahmebestimmung für die Rückforderung von Wechselzahlungen.

1. Allgemeine Bemerkungen.

An sich gelten für Zahlungen, durch welche der Gemeinschuldner eine Wechselschuld tilgt, dieselben Grundsätze, wie für Zahlungen anderer Art und es muss sich derjenige, der eine solche Zahlung erhalten hat, die Anfechtung gefallen lassen, wenn die nach den §§ 23 ff. erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Wechselinhaber befindet sich aber in einer besonderen Lage, indem die Wechselordnung in gewissen Fällen an die Ablehnung einer angebotenen Zahlung den Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Verpflichtete knüpft. Wenn § 23 Z. 1 gegen ihn zur Anwendung kommen könnte, obgleich er nach den Vorschriften der W.-O. zur Annahme der Zahlung verpflichtet war, würde derselbe sonach in allen Fällen Schaden leiden und sowohl bei Annahme als bei Ablehnung der Zahlung das Recht zum Rückgriff verlieren. Da man eine Abänderung der Wechselordnung, die auch einem ausländischen Vormann gegenüber nicht geholfen hätte, für unthunlich hielt, wurde deshalb im Anschluss an die Vorschriften des Art. 449 des französischen Fallimentsgesetzes und des § 100 Abs. 2 und 3 der preussischen Konkursordnung die Bestimmung getroffen, dass in derartigen Fällen die Anfechtung ausgeschlossen sei. Diese Ausnahmebestimmung gilt aber nur für Zahlungen, welche durch Hingabe von barem Gelde oder von Zahlungsmitteln erfolgen, die dem Gelde rechtlich gleichstehen. [1]) (Vgl. § 23 Bem. III. 2 S. 120.) Eine Ausdehnung der Vorschrift auf Fälle, in welchen die Anfechtung auf die §§ 24 oder 25 gestützt wird, ist durch die bestimmte Fassung des Gesetzes ausgeschlossen. Auch ist die Vorschrift nicht als Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes anzusehen. [2])

Dass bloss die Anfechtung auf Grund des § 23 Nr. 1 ausgeschlossen wurde, hat darin seinen Grund, dass in Z. 2 dieses § eine Zahlung vorausgesetzt wird, welche der Gläubiger in der Weise, in welcher sie erfolgte, nicht zu beanspruchen hatte, zu deren Annahme er also auch nicht verpflichtet sein konnte. § 27 bezieht sich hienach nur auf solche Wechsel, deren Fälligkeit am zweiten Werktage vor der Zahlungseinstellung bezw. dem Eröffnungsantrage oder noch später eingetreten ist, deren Verfalltag also zwischen jenen Zeitpunkten und der Konkurseröffnung liegt. Auf Wechsel, deren Verfalltag früher eingetreten ist, könnte § 23 Z. 1 nicht Anwendung finden. [3])

2. Fälle, in denen Abs. 1 des § Anwendung findet.

Von einer Aufzählung der einzelnen Fälle, in welchen der Empfänger durch Ablehnung der Zahlung seine sonstigen Wechselansprüche verloren haben würde, die Rückforderung der Zahlung gegen den Empfänger sonach ausgeschlossen sein soll, wurde im Gesetze absichtlich Umgang genommen. In den Motiven (S. 142) wurde bemerkt, dass in dieser Beziehung lediglich das Wechselrecht entscheidend sei. Vorausgesetzt wird eine Mehrheit von Wechselschuldnern. Wo nur ein einziger Wechselschuldner vorhanden ist, bleibt § 27 ausser Betracht, weil die Gefahr des Regressverlustes fehlt. Den wichtigsten Fall für die Anwendung des § bildet die in Art. 41 der W.-O. vorgesehene Beschränkung

[1]) v. Völderndorff Bd. I. S. 378; v. Wilmowski S. 152. Vgl. dag. Cosack S. 344 Anm. 9.

[2]) A. M. Cosack S. 344, 345.

[3]) A. M. v. Sarwey S. 192.

des Rückgriffes gegen Trassanten und Indossanten. Dieser Rückgriff ist durch rechtzeitige Vorzeigung des Wechsels und Erhebung von Protest mangels Zahlung bedingt. Die Protesterhebung ist aber unmöglich, wenn der Schuldner Zahlung anbietet. Deshalb unterliegt die Zahlung, welche der Gemeinschuldner auf Grund eines auf ihn gezogenen und von ihm angenommenen Wechsels oder eines von ihm ausgestellten eigenen Wechsels geleistet hat, nicht der Anfechtung, ebenso nicht die Zahlung, welche von demselben in der Eigenschaft als Domiziliat, Notadressat, Ehrenacceptant oder Ehrenintervenient (Art. 43, 62 u. 99 W.-O.) geleistet worden ist. Auch wenn die Protesterhebung erlassen wurde, kommt § 27 der W.-O. zur Anwendung, denn ungeachtet dieses Erlasses bleibt die Verpflichtung zur rechtzeitigen Vorzeigung des Wechsels bestehen, durch welche der Rückgriff nach Art. 41 W.-O. bedingt ist. Wer den Wechsel „zur Zahlung präsentiert", muss aber auch bereit sein, diese Zahlung anzunehmen. Würde mittels Vorzeigung des Wechsels Zahlung verlangt, deren Annahme aber abgelehnt, so würde eine wirksame „Präsentation zur Zahlung", welche voraussetzt, dass die Zahlung ernstlich verlangt wird, nicht vorliegen und der Rückgriff wegen nicht erlangter Zahlung ausgeschlossen sein.[1]) Dagegen trifft § 27 nicht zu und ist deshalb die Anfechtung nach § 23 Z. 1 gestattet, wo die Annahme der Zahlung ohne Gefahr verweigert werden konnte. Dieser Fall liegt vor, wenn der Gemeinschuldner als Intervenient Zahlung leistet, ohne hiezu durch eine Ehrenintervention verpflichtet zu sein, oder wenn derselbe in der Eigenschaft als Aussteller oder Indossant eines (gezogenen oder eigenen) Wechsels zahlt. In beiden Fällen durfte der Inhaber des Wechsels die Annahme der Zahlung dem Gemeinschuldner gegenüber verweigern und doch von dem Hauptschuldner oder den übrigen Wechselverpflichteten Zahlung verlangen, war also nicht nach Wechselrecht „bei Verlust des Wechselanspruchs gegen andere Wechselverpflichtete" zur Annahme derselben verpflichtet. Auch von einer Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Verweigerung der Annahme der Zahlung, welche übrigens die Anwendung des § 27 nicht rechtfertigen würde, könnte in einem solchen Falle nicht die Rede sein, da die Verweigerung der Annahme gerechtfertigt war, der Wechselinhaber sonach für den Verzug nicht verantwortlich ist. Der Wechselinhaber, der die vom Gemeinschuldner angebotene Zahlung angenommen hat und nach § 23 Z. 1 zur Rückgewähr angehalten wird, muss den dadurch entstehenden Verlust, wenn er das Rückgriffsrecht durch Verjährung verloren hat, allerdings selbst tragen. Aber dieser Verlust trifft ihn als eine Folge des anfechtbaren Erwerbes, ebenso wie das auch sonst der Fall ist. Die Verpflichtung zur Rückgewähr kann hienach selbst dann nicht durch Berufung auf § 27 abgewendet werden, wenn der die Zahlung anbietende Gemeinschuldner Nachmänner hatte, von denen die Zahlung hätte verlangt werden können.[2]) Ferner fehlt es an den Voraussetzungen zur Anwendung des § 27, wenn die Zahlung von dem Aussteller eines gezogenen oder von dem Remittenten eines eigenen Wechsels angeboten wurde,[3]) (Art 14, 41, 98 Z. 6 W.-O.) sowie dann, wenn der Wechsel „ohne Obligo" ausgestellt oder „nicht an Ordre" giriert, oder zur Zeit des Zahlungsanerbietens bereits Protest erhoben oder der Wechsel bereits verfallen war. Bei dem Indossament zum Inkasso wird durch die Nichtannahme der vom Gemeinschuldner angebotenen Zahlung zwar nicht das Rückgriffsrecht des Indossatars, wohl aber dasjenige seines Auftraggebers, des Indossanten, verloren. Da Dritten gegenüber Indossant und Indossatar bei dem Inkasso-Giro rechtlich als eine Person anzusehen sind, ist aber auch hier die Anwendung des § 27 nicht, wie in den Motiven (S. 142) angenommen wurde, ausgeschlossen. Vielmehr ist die Anfechtung nach § 23 Z. 1 dann unstatthaft, wenn der Indossant durch Zurückweisung der Zah-

[1]) Vgl. Meisner S. 127. A. M. Cosack S. 342 lit. b.

[2]) Hullmann S. 152; Meisner S. 128; v. Sarwey S. 192; Stieglitz S. 165; Willenbücher S. 61 a. E.; v. Wilmowski S. 152. A. M. sind: Cosack S. 343 und v. Völderndorff Bd. I. S. 382.

[3]) Fitting S. 152 § 16 Anm. 21; Meisner S. 128; Menzel S. 224; v. Sarwey S. 191 Nr. 3; Willenbücher S. 60; v. Wilmowski S. 152.

lung seitens des Inkasso-Indossatars sein Rückgriffsrecht gegen einen Vormann verloren hätte. [1])

II. Rückforderung von dem letzten Wechselregressschuldner, oder dem Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hatte. (Abs. 2.)

1) Die im Abs. 2 des § enthaltene Vorschrift soll gegen einen Missbrauch der Bestimmung des Abs. 1 Schutz gewähren. Es wird dem Konkursverwalter das Recht der Rückforderung der gezahlten Wechselsumme gegen den letzten Wechselregressschuldner oder den Dritten, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hat, für den Fall gesichert, dass diesen Personen einer der in § 23 Z. 1 erwähnten Umstände bekannt war. Während die Vormänner des Wechselinhabers, welche noch gegen einen weitern Vormann ihren Rückgriff nehmen können („die Zwischenmänner"), in gleicher Lage sind wie der Wechselinhaber, an den die Wechselschuld bezahlt wurde, befindet sich der letzte Wechselregressschuldner, der in Ermangelung der Zahlung des Gemeinschuldners für den Wechselbetrag schliesslich hätte aufkommen müssen, wie in den Motiven (S. 140) ausführlich auseinandergesetzt wurde, in einem anderen Verhältnis. Denn ihm würde nun der Wechselbetrag zugut kommen, wenn die Handlung, durch welche er denselben erworben hat, nicht angefochten werden könnte. Er steht nur dem Gemeinschuldner gegenüber. Erhielt er die Summe, für welche auf diesen gezogen oder deren Zahlung von dem Gemeinschuldner versprochen wurde, auch nicht unmittelbar von demselben, so erhielt er sie doch in einer Weise, dass derjenige, von welchem er dieselbe empfing, sowie jeder Rechtsnachfolger das Geld vom Gemeinschuldner einziehen konnte. Wie der unmittelbare Erwerb der erwähnten Personen vom Verwalter hätte angefochten werden können, wenn der Erwerber von der Zahlungseinstellung oder vom Eröffnungsantrag Kenntnis gehabt hätte, so soll nun auch der auf Umwegen unter Benutzung der Eigentümlichkeiten des Wechselverkehrs erlangte mittelbare Erwerb der Anfechtung unterliegen, wenn die Voraussetzungen des § 23 zutreffen. Der Anfechtungsgegner kann in diesem Falle die Verpflichtung zur Rückgewähr allerdings dadurch abwenden, dass er seine Unkenntnis von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag nachweist. Aber es ist in dieser Beziehung nicht die Zeit der Zahlung, sondern ausschliesslich der Zeitpunkt der Begebung des Wechsels entscheidend, denn durch d i e s e Rechtshandlung hat der Anfechtungsgegner die Wechselsumme erlangt. Als Begebung des Wechsels ist jede Übertragung desselben anzusehen, gleichviel ob dieselbe vom Aussteller oder von einem Indossanten vorgenommen wurde. Durch die Worte „oder begeben liess" wird zum Ausdruck gebracht, dass es im Falle der Begebung für Rechnung eines Dritten darauf ankommt, ob dieser Dritte in dem für die Anfechtbarkeit entscheidenden Zeitpunkte die erhebliche Thatsache kannte.

2) In der Regel ist die Anfechtung gegen den letzten Wechselregressschuldner als diejenige Person, welche sich auf Abs. 1 des § nicht berufen kann, zu richten. Da es aber möglich ist, dass dieser den Wechsel für einen anderen begeben hat und ihm sonach die Zahlung nicht zugut gekommen ist, kann die Anfechtung auch gegen den Dritten gerichtet werden, für dessen Rechnung der Wechsel begeben wurde. Welche von den im Gesetze bezeichneten Personen erstattungspflichtig ist, wurde im Gesetze nicht in allgemeiner Weise ausgesprochen, sondern muss im einzelnen Falle ermittelt werden. Die Erstattungspflicht ist, wie die der Vorschrift gegebene Stellung erkennen lässt, als eine besondere Art der Rückgewähr aufzufassen. Es kommt deshalb in Ansehung derselben sowohl die in § 34 vorgesehene Verjährung als die Vorschrift des § 26 zur Anwendung. G e g e n s t a n d der Anfechtung ist, wie auch bei dem Beweise der Unkenntnis hervortritt, die Begebung des

[1]) Menzel S. 225; Otto S. 71; Stieglitz S. 165; v. Völderndorff Bd. I. S. 383; Willenbücher S. 60, 61; v. Wilmowski S. 152.

Wechsels. Diese muss daher in die durch § 26 vorgesehene Frist von sechs Monaten fallen, wenn die Anfechtung begründet sein soll.[1]) Bezüglich des Umfangs der Erstattungspflicht ist die Frage entscheidend, ob unter der „gezahlten Wechselsumme“ die an den Anfechtungsgegner gezahlte Summe oder derjenige Betrag zu verstehen ist, welchen der Gemeinschuldner an jene Person bezahlt hat, deren Erwerb durch § 27 der Anfechtung entzogen wird. Die letztere Auslegung ist als richtig anzusehen, da sie allein dem Ausdrucke „Wechselsumme“ entspricht. Der letzte Regressschuldner soll nach der dem Gesetze zu Grund liegenden Auffassung die Wechselsumme dem Konkursverwalter zurückgewähren, weil er dieselbe auch dann hätte zahlen müssen, wenn der Wechsel wegen der Anfechtbarkeit der Zahlung protestiert worden wäre.[2]) Protestkosten können nicht in Betracht kommen, weil ein protestierter Wechsel nicht die Anwendung des § 27 rechtfertigt.[3])

3) Hat derjenige, gegen welchen § 27 Abs. 2 Anwendung findet, seiner Zeit durch Begebung des Wechsels Befriedigung für eine nicht selbst der Anfechtung unterliegende Forderung an den Gemeinschuldner erhalten und ist demgemäss der Gemeinschuldner damals von einer Verbindlichkeit gegenüber dem jetzigen Anfechtungsgegner befreit worden, so wäre die Masse in ungerechtfertigter Weise bereichert, wenn der Untergang der Verbindlichkeit fortwirken würde. Der Konkursverwalter ist deshalb verpflichtet, diese Verbindlichkeit in ihrem früheren Umfang so wiederherzustellen, wie wenn dieselbe nie erloschen wäre. Dies gilt auch dann, wenn die untergegangene Verbindlichkeit nur eine natürliche war. Zu der in dieser Beziehung erforderlichen Willenserklärung kann der Konkursverwalter nötigenfalls gerichtlich angehalten werden. Die wieder aufgelebte Forderung kann der Anfechtungsgegner anmelden oder zur Aufrechnung verwenden. Ist infolge der Wechselbegebung ein Anspruch des Anfechtungsgegners gegen einen Dritten untergegangen, so kann dessen Wiederherstellung nicht verlangt werden.[4])

§ 28.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

(E. § 28; M. S. 143 ff.; K. S. 25; pr. K.-O. § 104.)

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Dass die Anfechtung einer Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner vornahm oder sich gefallen liess, bezw. gefallen lassen musste, nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, die gerichtliche Hilfe mit Erfolg in Anspruch nahm, oder in anderer Weise einen Vollstreckungstitel erwirkte, wurde schon früher hervorgehoben. (Bem. II. 3, III. 2 zu § 23 und Bem. I. 5 zu § 24 S. 117, 121, 129, 130.) § 28 enthält in dieser Beziehung die entscheidende Vorschrift. Hienach kommt, wenn die Voraussetzungen der Anfechtung (§§ 23—25) vorliegen, nichts darauf an, ob die anzufechtende Rechtshandlung in einer vollstreckbaren Urkunde oder einem Urteil als für den Gemeinschuldner rechtsverbindlich anerkannt ist und ob eine von dem Gemeinschuldner

1) Cosack S. 347; Menzel S. 228.

2) Vgl. Menzel S. 227, 228; v. Völderndorff Bd. I. S. 387; Willenbücher S. 61; v. Wilmowski S. 153; A. M. Cosack S. 347.

3) Vgl. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller.

4) Vgl. Cosack S. 347, 348 Nr. 6.

gewährte Befriedigung oder Sicherstellung freiwillig eingeräumt oder ob sie auf dem Wege eines gerichtlichen Verfahrens erzwungen wurde oder doch erzwungen werden konnte. Gegenstand der Anfechtung ist aber immer die Rechtshandlung selbst, nicht der vollstreckbare Titel. (§ 24 Bem. I. 2 S. 125.)[1]) Steht die Anfechtung einer prozessualen Handlung oder Unterlassung in Frage, so bildet zwar das Urteil nicht einen für diese Rechtshandlung erlangten vollstreckbaren Titel. Vielmehr wird durch dasselbe die zugunsten des Anfechtungsgegners bewirkte Veränderung geregelt. Der vollstreckbare Titel ist nicht für eine anfechtbare Rechtshandlung, sondern infolge derselben erlangt worden. Auch hier muss jedoch § 28 mit Rücksicht auf seinen Sinn und Zweck Anwendung finden.[2])

2. *Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels.*

Ein vollstreckbarer Schuldtitel ist vor allem das rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Endurteil (§ 644 C.-P.-O.); ausserdem kommt diese Eigenschaft dem Vollstreckungsbefehl (§§ 639, 640 C.-P.-O.), sowie den anderen in § 702 aufgezählten Schuldtiteln, insbesondere den gerichtlich abgeschlossenen Vergleichen und den unter §§ 702 bezw. 706 fallenden vollstreckbaren Urkunden zu. Soweit es sich um die Anfechtung des Schuldtitels handelt, wird durch § 28 an den dem Konkursverwalter zustehenden Rechten in keiner Weise etwas geändert. Es wird demselben weder ein neues Recht gegeben, noch ein Anspruch, der nach anderweitigen gesetzlichen Vorschriften begründet ist, entzogen. Daraus folgt, dass der Verwalter alle diejenigen Rechtsmittel geltend machen darf, von welchen der Gemeinschuldner selbst, wenn er nicht in Konkurs geraten wäre, Gebrauch machen könnte. Derselbe kann, wenn es im Interesse der Masse liegt, auch die Schuldtitel selbst auf Grund der §§ 23 ff. anfechten, sofern ihm ein wirksames Anfechtungsmittel zu Gebote steht. Einfach liegt die Sache hienach, wenn es sich um einen Vertrag bezw. um eine von dem Gemeinschuldner ausgestellte Urkunde handelt, die auf dem Wege der Klage, Einrede oder Replik angefochten und beseitigt werden kann. Hier ist der Verwalter ohne Zweifel berechtigt, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners sowohl, soweit sie der betr. Urkunde vorausgegangen sind, als soweit es sich um die Einräumung des vollstreckbaren Titels handelt, durch Klage oder Einrede anzufechten. (§ 22 Bem. IV. 1 u. 2.) Sofern es sich um ein Urteil, das gegen den Gemeinschuldner ergangen ist, bezw. um einen Vollstreckungsbefehl handelt, kann der Verwalter zwar das ergangene Urteil, falls noch ein Rechtsmittel zu Gebote steht, in derselben Weise, wie es der Gemeinschuldner thun könnte, angreifen. Ja er kann auch, um sich den Erfolg zu sichern, die von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen, insbesondere ausdrückliche oder stillschweigende Zugeständnisse auf Grund der §§ 23 ff. anfechten. Soweit aber die nach der C.-P.-O. zustehenden Rechtsmittel erschöpft sind und ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, das auch nicht auf dem Wege der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage (§§ 541 ff. C.-P.-O.) angreifbar ist, kann dasselbe, da Urteile nur durch die in der C.-P.-O. angegebenen Mittel angefochten werden können, und ein besonderes ausserordentliches Rechtsmittel dem Konkursverwalter nicht eingeräumt wurde, allerdings nicht mehr beseitigt werden. Auch darf nicht angenommen werden, dass ein solches Urteil gar keine Bedeutung habe. Vielmehr ist dasselbe dem Gemeinschuldner gegenüber rechtsverbindlich und kann auch den Gläubigern gegenüber unter Umständen gewisse Wirkungen äussern. Der Gläubiger, der es erwirkt hat, ist nicht genötigt, dem Konkursverwalter gegenüber nochmals Klage zu erheben und einen neuen Prozess durchzuführen.

[1]) Cosack S. 56; Hartmann S. 149, 151; Jäckel S. 66; Korn S. 78; Kranichfeld S. 38; Otto S. 86; Steinbach S. 78; Stieglitz S. 169; v. Völderndorff Bd. III. S. 168; Willenbücher S. 62; v. Wilmowski S. 155.

[2]) Grützmann S. 115 Anm. 382; Hartmann S. 150; Otto S. 89; v. Völderndorff Bd. I. S. 394, Bd. III. S. 173.

Dagegen ist dieser nach § 28 auch nicht gezwungen, das Urteil selbst anzugreifen, um die Rechtshandlungen, welche in demselben Anerkennung gefunden haben, oder auf Grund desselben vorgenommen wurden, oder um die Wirkungen des Urteils, welche mittelbar auf Rechtshandlungen oder Geschehenlassen des Gemeinschuldners beruhen, zu beseitigen. Alle diese Rechtshandlungen können vielmehr selbständig als „den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" (§ 22) angefochten werden, als ob das Urteil nicht bestände. Sie werden nicht angefochten, weil das Urteil an sich keine Wirkung hat, sondern weil dem Verwalter gegenüber die angefochtenen Rechtshandlungen ohne Wirkung sind. Ein Rechtsgeschäft, das nach §§ 23 ff. anfechtbar ist, kann hienach einen Anspruch auf Erfüllung auch dann nicht begründen, wenn der Gemeinschuldner zur Erfüllung verurteilt worden war. Insbesondere lässt sich auf ein solches Urteil ein Absonderungsrecht nicht stützen. Hat der Gläubiger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, seinen Anspruch im Konkursverfahren angemeldet, so wird die Anfechtung in der Regel mittelst Widerspruchsklage (§ 134 Abs. 6) geltend gemacht werden; dagegen wird der Verwalter, wenn der Gläubiger Klage erhoben hat, z. B. die Aussonderung eines bestimmten Gegenstandes verlangt, die Anfechtung einredeweise oder durch Rechtsmittel bezw. Einspruch geltend machen, und wenn der Gläubiger, der ein Absonderungsrecht in Anspruch nimmt, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung vorgeht, in der durch die C.-P.-O. (§§ 688 ff.) vorgeschriebenen Weise Widerspruch bezw. Klage erheben. Hatte der Gemeinschuldner auf Grund des vollstreckbaren Schuldtitels freiwillig erfüllt, so kann der Verwalter das, was aus der Masse weggegeben wurde, zurückfordern. (§ 30 Abs. 1.) In allen diesen Richtungen steht der vollstreckbare Schuldtitel der Anfechtung nicht im Wege und kann dem Verwalter insbesondere der Inhalt eines rechtskräftigen, in anderer Beziehung rechtsverbindlichen, Urteils nicht mit Erfolg entgegengehalten werden. Derselbe vermag sonach eine Verfügung, die der Gemeinschuldner getroffen hat, auch dann als unentgeltlich anzufechten, wenn in einem Urteil festgestellt ist, dass es sich hiebei um einen entgeltlichen Vertrag z. B. einen Kauf handle u. s. w.[1])

3. *Erzwingung der anfechtbaren Rechtshandlungen durch Zwangsvollstreckung oder Arrest.*

Eine Rechtshandlung, die nach den §§ 23 ff. der Anfechtung unterworfen ist, wird auch dadurch nicht unanfechtbar, dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder Vollziehung eines Arrestes erwirkt wurde. Insbesondere sind Zahlungen oder Sicherstellungen, die durch Androhung oder Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens erzwungen wurden, durch welche aber der Anspruch der übrigen Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung verletzt wird, ebenso der Anfechtung ausgesetzt, wie wenn sie freiwillig gegeben worden wären. Ferner unterliegt das Pfandrecht, das durch Vornahme einer Pfändung oder Arrestanlage erworben wurde (§§ 709 und 810 C.-P.-O.), in derselben Weise der Anfechtung, wie ein Pfandrecht, das vom Gemeinschuldner vertragsmässig eingeräumt worden ist. Ob auch der Schuldtitel, auf Grund dessen die Vollstreckung oder Arrestanlage erfolgte, bezw. die Rechtshandlung, für welche dieser Titel erlangt wurde, angefochten werden kann, ist gleichgültig. Wird von dem Anfechtungsgegner die auf Grund der anfechtbaren Handlung beruhende Zwangsvollstreckung durchgeführt, so kann der Konkursverwalter gegen dieselbe nach § 690 der C.-P.-O. Widerspruchsklage erheben und dieselbe durch Geltendmachung der Anfechtung begründen. (V. § 22 Bem. IV. 4.)

[1]) Vgl. Cosack S. 56, 57; Hartmann S. 150; Otto S. 87; Steinbach S. 78; Stieglitz S. 168; v. Völderndorff Bd. I. S. 390, 391; v. Wilmowski S. 156. A. M. v. Sarwey S. 195.

§ 29.

Das Anfechtungsrecht wird von dem Verwalter ausgeübt.

(E. § 29; M. S. 144 ff.; K. S. 25—27; pr. K.-O. §§ 99 und 112.)

1) Während es nach gemeinem Rechte bestritten war, ob das Anfechtungsrecht dem Konkursverwalter zustehe, oder bloss von demjenigen Gläubiger ausgeübt werden könne, dessen Benachteiligung der Gemeinschuldner beabsichtigte und bewirkte, hat die Konkursordnung das Anfechtungsrecht dem Verwalter eingeräumt, weil die fortgegebenen Vermögensstücke, wenn die Anfechtung gelingt, zur Konkursmasse zurückzugewähren sind, welche der Konkursverwalter in Besitz zu nehmen und zu verwalten hat. Der Verwalter ist, auch soweit es sich um die Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 32, 33 und Bem. IV. 3 zu § 22.) In dieser Eigenschaft ist ihm und ihm allein die Befugnis eingeräumt, die Unwirksamkeit der anzufechtenden Rechtshandlungen im Interesse der Gläubiger geltend zu machen und die Rückgewähr zur Konkursmasse zu fordern. Die einzelnen Konkursgläubiger sind nicht berechtigt, die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners auf Grund der §§ 23 ff. anzufechten. Insbesondere können die Gläubiger von dem Anfechtungsrecht nicht bei der Bestreitung einer Forderung im Prüfungstermin Gebrauch machen.[1]) Dies ergiebt sich deutlich aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes, welches der im französischen Rechte herrschenden Auffassung folgt, und wurde in den Motiven (S. 145, 146), wie bei den Verhandlungen der Reichstagskommission (K. S. 25—27) anerkannt. Ein in dieser Kommission gestellter Antrag, nach welchem es (wie nach § 112 der pr. Konkursordnung), wenn der Verwalter vom Rechte der Anfechtung keinen Gebrauch machen wolle, jedem einzelnen Konkursgläubiger überlassen bleiben sollte, dieses Recht auf seine Kosten auszuüben, wurde durch Hinweis auf die ungünstigen Erfahrungen, die man in Preussen bezüglich dieser Vorschrift gemacht habe, bekämpft. Auch wurde bemerkt: „der Verwalter sei ja nicht völlig unabhängig, sondern sowohl dem Einflusse des Gerichtes wie dem der Gläubiger unterworfen. Die letzteren könnten ihn anhalten, das Recht geltend zu machen, hätten das Beschwerderecht und seien andererseits auch berechtigt, ihre Zustimmung zu verweigern, wenn er aussichtslose Prozesse anstrenge.“ (K. S. 26.) Daraufhin wurde von anderer Seite der Zusatz vorgeschlagen: „Die Anfechtung müsse erfolgen, wenn der Gläubigerausschuss es beantrage.“ Dieser Antrag wurde aber schliesslich zurückgezogen und § 29 unverändert angenommen. (K. S. 27.) Hienach sind, sofern der Konkursverwalter von dem ihm zustehenden Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht, die anfechtbaren Rechtshandlungen für alle Konkursgläubiger bindend und können von ihnen weder auf dem Wege der Klage noch auf dem der Einrede angefochten werden. Auch die Geltendmachnng durch Einrede enthält eine Ausübung des Anfechtungsrechtes.[2]) Diese steht aber nur dem Verwalter zu.

Die Gläubiger können den Verwalter auch nicht durch einen Mehrheitsbeschluss zur Erhebung einer Anfechtungsklage zwingen.[3]) Dagegen können sie die Ausübung desselben durch Klage dem Verwalter unter Umständen unmöglich machen. (§§ 121 und 123 der Konkursordnung.) Dies gilt auch für die gemäss § 134 erhobenen Feststellungs- bezw. Widerspruchsklagen.

[1]) Vgl. Dernburg Bd. II. S. 328 § 130 Anm. 6; Fitting S. 157 § 17 Anm. 2; Hullmann S. 153; Otto S. 154; Schultze S. 68 u. 69 Anm. 1; Steinbach S. 94; Stieglitz S. 171; v. Völderndorff Bd. I. S. 401; v. Wilmowski S. 157. A. M. Mandry S. 473 § 50 Anm. 28.

[2]) Dernburg Bd. II. S. 328 § 130 Anm. 6; Korn S. 31, 32; Otto S. 154; Menzel S. 293, 309. Vgl. dag. Cosack S. 233; Mandry S. 473 § 50 Anm. 28.

[3]) Cosack S. 236; Korn S. 36; Otto S. 154; Stieglitz S. 171; Wengler S. 233. A. M. Meves S. 42; v. Völderndorff Bd. I. S. 397; Willenbücher S. 63.

Ein Widerspruch zwischen den Vorschriften der §§ 29 und 134 besteht, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 92) hervorgehoben wurde, in keiner Weise, denn das dem widersprechenden Gläubiger zustehende Recht, das Bestehen der bekämpften Forderung zu bestreiten, hat mit dem Anfechtungsrecht nichts gemein. Die Übertragung des Anfechtungsanspruchs auf einen Dritten ist als unstatthaft anzusehen. Wie das Anfechtungsrecht des einzelnen Gläubigers mit Rücksicht auf seinen accessorischen Charakter an die demselben zustehende Forderung gebunden ist und von dieser nicht losgelöst werden kann, so kann auch das dem Konkursverwalter zustehende Recht auf Anfechtung nur von diesem als Verwalter der Masse geltend gemacht werden und lässt sich von der Verwaltung nicht trennen. Die Rückgewähr erfolgt nach § 30 zur Konkursmasse und aus dieser ist nach § 31 unter Umständen die Gegenleistung zu erstatten. Der Anfechtungsgegner hat deshalb ein Recht darauf, dass ihm der Verwalter dieser Masse entgegentritt, damit er imstande ist, sein Recht auf die Gegenleistung ihm gegenüber geltend zu machen.[1]) Jedenfalls könnte eine solche Übertragung des Anfechtungsrechtes dem Dritten nicht mehr Befugnisse gewähren, als der Konkursverwalter hat. Das Anfechtungsrecht ist aber innerhalb der diesem gesteckten Grenzen auszuüben und kann nach der Beendigung des Konkursverfahrens, welche den Übergang der Anfechtungsrechte auf die einzelnen Gläubiger zur Folge hat (§ 13 Abs. 4 Anf.-Ges.) ebensowenig von einem Rechtsnachfolger des Konkursverwalters als von diesem selbst ausgeübt werden.[2]) Bei dieser Auffassung kommt der Übertragung des Anfechtungsanspruchs eine praktische Bedeutung nicht zu. Dem Gemeinschuldner kann das einen Bestandteil der Masse bildende Anfechtungsrecht ebensowenig wie einem Dritten übertragen werden; jedenfalls würde dasselbe auch in diesem Falle mit der Beendigung des Konkursverfahrens erlöschen bezw. auf die einzelnen Gläubiger übergehen.[3]) Dass der Konkursverwalter einem Dritten insbesondere einem Konkursgläubiger Prozessvollmacht zur Erhebung und Durchführung des Anfechtungsprozesses erteilen kann, ist nicht zu bezweifeln,[4]) ebensowenig dessen Befugnis, den aus der erfolgreichen Anfechtung entspringenden Anspruch auf Rückgewähr auf einen Dritten zu übertragen. Nur die Ausübung des Anfechtungsrechtes, nicht die aus demselben entsprungene Forderung, ist an die Person des Konkursverwalters gebunden.

Bezüglich der Art und Weise, in welcher das Anfechtungsrecht geltend zu machen ist (Bem. IV. zu § 22), wie bezüglich der prozessualischen Mittel, die anzuwenden sind, ist der Konkursverwalter von den einzelnen Konkursgläubigern, die nur das Aufsichtsrecht des Gerichtes anrufen dürfen (§§ 75 und 76), unabhängig. Diese Gläubiger können zwar, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 26.) anerkannt wurde, in den Anfechtungsprozess als Nebenintervenienten eintreten, weil sie nicht Partei sind und ein rechtliches Interesse am Ausgang dieses Prozesses haben, auch die Nebenintervention eine Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht enthält.[5]) Da sie als Nebenintervenienten blosse Streitgehilfen sind, haben ihre Erklärungen und Handlungen aber nur insofern Anspruch auf Wirksamkeit, als sie mit denen des Verwalters nicht im Widerspruch stehen. (§ 64 C.-P.-O.)

2) Die Vorschrift, nach welcher das Anfechtungsrecht ausschliesslich vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann, gilt nur, soweit die Anfechtung auf den Bestimmungen der Konkursordnung beruht. Sofern ein Konkursverfahren gar nicht eingeleitet oder wieder

[1]) Vgl. Jäckel S. 166; Menzel S. 301, 302. A. M. Cosack S. 304 ff., 329, 363; Korn S. 34; v. Sarwey S. 198; v. Wilmowski S. 124.

[2]) v. Wilmowski a. a. O. A. M. Cosack S. 329, 330; Korn S. 34.

[3]) Vgl. dag. Cosack S. 329.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 198.

[5]) Fitting S. 157 § 17 Anm. 2; Hullmann S. 153; v. Sarwey S. 198; Stieglitz S. 171; v. Völderndorff Bd. I. S. 399; v. Wilmowski S. 127. A. M. sind: Cosack S. 237; Grützmann S. 200; Korn S. 29, 30; Otto S. 154; Schultze S. 68, 69.

aufgehoben wurde, oder der Anfechtungsgrund ganz unabhängig von dem Konkurs ist, kommen die Vorschriften des Gesetzes vom 21. Juli 1879 betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen u. s. w. zur Anwendung.

Der Konkursverwalter ist, wie bereits oben bemerkt wurde, soweit er das Anfechtungsrecht ausübt, ebenso wie bei der Ausübung von anderen ihm kraft seines Amtes zustehenden Befugnissen als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen. Dieser letztere, gegen welchen die Anfechtung nicht gerichtet ist (Bem. IV. 3 zu § 22 S. 103), muss deshalb auch in den auf die Anfechtung bezüglichen Prozessen als Partei angesehen werden und kann folglich in einem derartigen Prozess nicht als Nebenintervenient auftreten. (Bem. I. 5 zu §§ 8 ff. S. 47, 48.) Daraus, dass der Konkursverwalter das Anfechtungsrecht in seiner Eigenschaft als Verwalter des die Konkursmasse bildenden Vermögens ausübt, und der Gemeinschuldner Subjekt dieses Vermögens geblieben ist, folgt aber keineswegs, dass der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkursverfahrens einen von dem Verwalter eingeleiteten Anfechtungsprozess weiter führen darf. Die Ausübung des Anfechtungsrechtes ist nur für die Dauer des Konkursverfahrens dem Konkursverwalter übertragen, weil dieser die im Vermögen des Gemeinschuldners verbliebene aber zur Befriedigung der Gläubiger bestimmte Masse verwaltet und weil die Rückgewähr zu dieser Masse erfolgt. Sobald das Konkursverfahren beendigt ist, erlischt das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters und treten die Gläubiger wieder in ihre Rechte. Der Gemeinschuldner kann auch mittelbar einen Anspruch auf Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht erlangen.[1]) Auch einzelne Konkursgläubiger sind übrigens nur insoweit befugt, einen von dem Konkursverwalter geführten Anfechtungsprozess weiter zu führen, als der Prozess von dem ber. Gläubiger selbst vor der Konkureröffnung eingeleitet und auf den Konkursverwalter übergegangen war. (§ 13 Abs. 1 und 4 des Anf.-Ges.)[2]) Die Frage, ob der Konkursverwalter für einen von ihm einzuleitenden Prozess das Armenrecht beanspruchen kann, ist bezüglich der Anfechtungsklage ebenso wie hinsichtlich der übrigen Klagen zu verneinen. Der Mangel an Mitteln zur Durchführung eines Prozesses kann allerdings, wenn die Masse ganz oder zum grössten Teil aus Anfechtnngsansprüchen besteht, und wenn die Gläubiger nicht die Prozesskosten vorschiessen, zur Einstellung des Verfahrens (§§ 99 u. 190) führen, obgleich sich vielleicht auf dem Wege des Prozesses eine ergiebige Masse herstellen lässt. Aber dieser Umstand vermag die Anwendung des § 106 der C.-P.-O. nicht zu rechtfertigen. Der Konkursverwalter ist nicht allgemeiner Vertreter des Gemeinschuldners, sondern vertritt denselben nur insofern, als er die Konkursmasse verwaltet. Für die von derartigen Verwaltern geführten Prozesse ist aber das Armenrecht, wie die Fassung der §§ 106 und 109 der C.-P.-O. deutlich erkennen lässt, ebensowenig bestimmt, wie für die Prozesse juristischer Personen. Dass der Gemeinschuldner selbst, der den Prozess gar nicht führen darf, und in dessen Interesse derselbe nicht geführt zu werden braucht, ausserstande wäre, die Kosten eines derartigen Prozesses „ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie notwendigen Unterhalts“ zu bestreiten, kommt hier nicht in Betracht.[3])

Soweit ein Aussonderungsrecht oder ein Absonderungsrecht in Frage steht, sind die einzelnen Gläubiger überhaupt nicht berechtigt, dasselbe anzufechten, da es sich in diesen Fällen nur darum handelt, ob ein bestimmter Gegenstand der Masse entzogen wird, und die Ansprüche, welche sich auf diese beziehen, lediglich vom Verwalter zu wahren sind.

[1]) V. v. Völderndorff Bd. I. S. 402; R.-G. (II.) 14. März 1882 u. (I.) 11. Juli 1885, Entsch. Bd. VII. S. 35, Bolze Bd. II. Nr. 599; O.-L.-G. Colmar 15. Jan. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 216.

[2]) v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Vgl. O.-L.-G. Kiel 28. Nov. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 86; O.-L.-G. Colmar 10. Jan. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 168; Francke in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 91 ff. bes. S. 95; Struckmann-Koch C.-P.-O. § 106 Bem. 1 S. 119; v. Wilmowski-Levy C.-P.-O. § 186 Nr. 2 u. § 109 Nr. 3 S. 164 u. 169.

Dagegen kann einem Gläubiger, der bezüglich des Streitgegenstandes gleichfalls ein Recht auf Aussonderung oder Absonderung beansprucht, das Recht nicht bestritten werden, die Ansprüche des anderen Gläubigers zu bekämpfen und seine eigenen geltend zu machen. In diesen Fällen handelt es sich nicht um eine Anfechtung auf Grund der §§ 23 ff.

§ 30.

Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, muss zur Konkursmasse zurückgewährt werden.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

(E § 30; M. S. 146 ff.; K. S. 27 ff.; pr. K.-O. § 106.)

1) Dass die angefochtene Handlung, soweit es sich um die Konkursgläubiger d. h. um deren Befriedigung aus der Konkursmasse handelt, keine Wirkung übt, ergiebt sich schon aus § 22. Bei Aufstellung des Entwurfes wurde deshalb erwogen, ob nicht im allgemeinen als Folge der begründeten Anfechtung „die Wiederherstellung des vor der Handlung bestandenen Rechtszustandes“ zu bezeichnen sei. Dies erschien aber als bedenklich, weil eine solche gesetzliche Bestimmung, welche auch nach § 22 unnötig sei, des positiven Inhalts ermangeln und ausserdem dem Missverständnis Raum geben würde, „als ob auch andere Umstände ausserhalb der Handlung und deren Wirkungen, namentlich der inzwischen eingetretene Zeitablauf beseitigt und als ob eine Verpflichtung der Konkursgläubiger begründet werden sollte, auch den anderen Teil in seine frühere Lage zurückzuversetzen.“ (M. S. 146 und 147.) Deshalb wurde es für notwendig gehalten, die Verpflichtungen des Anfechtungsgegners in positiver Weise zu regeln. Diese Regelung konnte sich auf solche Fälle beschränken, in welchen eine Leistung des Anfechtungsgegners erforderlich ist, um die eingetretene Benachteiligung der Gläubiger wieder aufzuheben. Ist die durch eine angefochtene Handlung herbeigeführte Veränderung in den Grenzen rein obligatorischer Beziehungen geblieben, so wird die eingetretene Benachteiligung schon dadurch beseitigt, dass die durch die angefochtene Handlung begründeten Rechte oder Verpflichtungen den Gläubigern bezw. dem Konkursverwalter gegenüber keine Wirkungen äussern und ebenso der Untergang von Rechten des Gemeinschuldners dem Verwalter gegenüber nicht geltend gemacht werden kann. Durch die Unwirksamkeit der erwähnten Veränderungen wird der Bestand der Masse, ohne dass eine besondere auf die Rückgewähr gerichtete Leistung des Anfechtungsgegners erforderlich ist, auf die Höhe gebracht bezw. auf der Höhe erhalten, welche er ohne die angefochtene Handlung haben würde. Eine Verpflichtung zur Rückgewähr besteht auch in diesen Fällen; sie ist ebenso gegeben, wie bei der condictio indebiti promissi und der condictio liberationis. Aber die Rückgewähr besteht schon in der Anerkennung der Unwirksamkeit der angefochtenen Handlung bezw. in dem Verzicht auf die dadurch bewirkten Veränderungen, weil auf diesem Wege der frühere Zustand wiederhergestellt wird. In dem Augenblicke, in welchem das der Anfechtung stattgebende Urteil die Rechtskraft erlangt, ist diese Art der Rückgewähr auch schon verwirklicht, ohne dass es, von der Rückgabe etwaiger Beweisurkunden abgesehen, weiterer Handlungen des Anfechtungsgegners oder der Vollstreckungsorgane bedürfte.[1]) Soweit es sich um andere Personen insbesondere um den Gemeinschuldner selbst

[1]) Vgl. Menzel S. 236, 237, 247; R.-G. (VI.) 5. Dez. 1887, jur. Wochenschr. 1888 S. 69.

handelt, verliert die angefochtene Handlung nicht ohne weiteres ihre Wirksamkeit. Diese Personen dürfen sich auf die Unwirksamkeit nicht berufen, wenngleich die neugeschaffenen Rechtsverhältnisse auch ihnen zugut kommen können. (Bem. III. 3 zu § 22 S. 101.)

2) Der Umfang der dem Anfechtungsgegner obliegenden Verbindlichkeit ist durch § 30 genügend bestimmt. Es sind deshalb in Ansehung dieser Bestimmung nicht die Landesgesetze heranzuziehen.[1] Der Anfechtungsgegner wird zwar von der Konkursordnung hinsichtlich der Rückgewähr im allgemeinen ähnlich behandelt, wie unredliche Besitzer behandelt zu werden pflegen. Aber daraus folgt nicht, dass derselbe als unredlicher Besitzer nach Massgabe des Landesrechtes zu haften hat. (Vgl. Bem. III. 1 zu § 22 S. 98.) Die Anfechtungsklage ist nicht eine gegen einen unredlichen Besitzer gerichtete dingliche Klage. Der Umfang der Rückgewähr darf deshalb nicht entsprechend der Haftung des unredlichen Besitzers bestimmt werden.[2] Nur insoweit als es sich um einen ausser der Rückgewähr geforderten Schadenersatz handelt, kann der erhobene Anspruch auf die Vorschriften des Landesrechtes gestützt und soweit dem Anfechtungsgegner eine unerlaubte Handlung zur Last fällt (Bem. III. 1 zu § 22 S. 99), daraus ein besonderer Anspruch abgeleitet werden. Die Konkursordnung, welche hienach in Ansehung der Rückgewähr allein massgebend ist, verpflichtet den Anfechtungsgegner übrigens nicht bloss zur Rückgabe des Empfangenen. Derselbe muss nach dem in § 30 aufgestellten Grundsatze, auf dem auch die Vorschrift des § 27 Abs. 2 beruht, nicht dasjenige, was er aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhalten hat, sondern dasjenige, was aus diesem Vermögen herausgekommen ist, zurückgewähren.[3] Dass der Verpflichtung des Anfechtungsgegners dieser Umfang gegeben wurde, ist aber nicht dadurch zu erklären, dass die angefochtene Handlung als eine unerlaubte und der Anfechtungsgegner als unredlicher Besitzer anzusehen ist.[4] Vielmehr soll die Rückgewähr, weil die Anfechtung mit Rücksicht auf die ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger gestattet worden ist, nach Massgabe des Umfanges dieser Benachteiligung erfolgen. (Bem. III. 1 zu § 22 S. 98.) Vom Standpunkte der Gläubiger aus, welche durch die Rückgewähr zur Konkursmasse dasjenige erhalten, was dieser entzogen worden ist, hat die Rückgewähr immerhin den Charakter der Restitution. Die Bezeichnung „was aus dem Vermögen des Gemeinschuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben worden ist" umfasst alle körperlichen und unkörperlichen Sachen, um welche das Vermögen des Gemeinschuldners verringert wurde. Soweit eine solche Verminderung stattgefunden hat, besteht hienach die Rückgewähr in der Zurückgabe der Sachen, welche als solche oder (wie Wechsel, Inhaberpapiere, Lagerscheine) als Träger von Forderungen Bestandteile des Vermögens des Gemeinschuldners waren. Hatte der Gemeinschuldner eine Forderung übertragen, so ist dieselbe zurückzuübertragen, und, wenn der Betrag erhoben wurde, dieser dem Konkursverwalter zu bezahlen.[5] Auch soweit es sich um bewegliche Sachen handelt oder der Erwerb des Eigentums an Grundstücken nicht in das Grundbuch einzutragen ist, kann die Einräumung eines Pfandrechtes zugunsten der Konkursmasse, wobei zudem die Festsetzung des Betrages der Forderung Schwierigkeiten bereiten würde, nicht genügen.[6] Müssen die im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragenen, die Gläubiger benachteiligenden Rechte oder

[1] Vgl. Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 166 ff.; v. Wilmowski S. 162. A. M.: Mandry S. 478; Otto S. 177; v. Sarwey S. 203; Stieglitz S. 175; Willenbücher S. 65 lit. e.

[2] Vgl. Eccius Bd. I. S. 781 § 114 Anm. 47.

[3] Vgl. Eccius Bd. I. S. 781 § 114 Anm. 47; Hartmann S. 164; Rassow a. a. O. S. 166; R.-G. (III.) 23. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 178. A. M.: Cosack S. 164, 244 ff.; Dernburg Bd. II. S. 330; Menzel S. 63, 233 ff., 240, 243.

[4] So Fitting S. 164; Jäckel S. 150; v. Sarwey S. 201; Stieglitz S. 174; Wengler S. 238, 239; v. Wilmowski S. 162, 163; R.-G. (III.) 23. März 1888 a. a. O. Vgl. dagegen insbes. Korn S. 231, 233; Menzel S. 237 ff.

[5] R.-G. (III.) 23. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 178.

[6] A. M. Grützmann S. 223, 224.

Belastungen beseitigt oder dem Konkursverwalter solche Rechte, welche ehemals eingetragen waren, aber gelöscht worden sind, zurückgewährt werden, so erfolgt die Rückgewähr durch die hiezu erforderlichen Erklärungen, welche als abgegeben gelten, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. (§ 779 C.-P.-O.) Die Worte „was aufgegeben ist" enthalten aber auch die Bestimmung, dass in allen Fällen, in welchen die Rückgewähr in Natur ganz oder teilweise ausgeschlossen ist, Wertersatz geleistet werden muss.[1]) Diese Ersatzpflicht tritt insbesondere auch dann ein, wenn die zurückzugewährende Sache untergegangen ist.[2]) oder wenn eine Verschlechterung oder Veräusserung derselben stattgefunden hat. Der Anfechtungsgegner hat also, da er dasjenige ersetzen muss, was der Konkursmasse entzogen worden ist, die Gefahr zu tragen. Im Falle des Unterganges oder der Verschlechterung der Sache ist derselbe aber zum Beweis zuzulassen, dass die Veränderungen auch dann eingetreten sein würden, wenn die Sache im Vermögen des Gemeinschuldners verblieben wäre. Wird dieser Beweis geführt, hat z. B. das veräusserte Tier schon z. Z. der Veräusserung an der Krankheit gelitten, welche dessen Tod herbeiführte, so braucht der Anfechtungsgegner nur die Sache selbst bezw. was von derselben übrig geblieben ist, herauszugeben, da sonst eine Bereicherung der Konkursmasse erfolgen würde.[3]) Auch wenn der Anfechtungsgegner die zurückzugewährende Sache veräussert hat, ist deren Wert zu ersetzen· Dieser wird in der Regel dem bezogenen Kaufpreis entsprechen, so dass der Anfechtungsgegner zu dessen Herausgabe verpflichtet ist und durch dieselbe von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Eine Übereinstimmung zwischen Kaufpreis und Wert braucht aber nicht notwendig vorzuliegen. Ist unter dem Wert verkauft worden, so hat der Anfechtungsgegner nach dem aufgestellten Grundsatz den vollen Wert zu ersetzen. Sollte infolge eines Irrtums ein höherer als der wirkliche Wert bezahlt worden sein, so ist der Anfechtungsgegner nur zum Ersatz dieses Wertes, um welchen die Konkursmasse geschädigt wurde, nicht aber zur Herausgabe des Überschusses verpflichtet.[4]) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes sind nach den obigen Ausführungen nicht massgebend.[5]) Was die Sache für den Gemeinschuldner wert war, ist nicht entscheidend. Vielmehr kommt es nur darauf an, welchen Wert dieselbe als Bestandteil der zu versilbernden Masse haben würde. Wenn der Anfechtungsgegner Wertpapiere zu einem höheren als demjenigen Kurs veräussert hat, welchen der Konkursverwalter erzielen könnte, ist hienach der erzielte Mehrwert nicht zu ersetzen.[6])

Der Anfechtungsgegner hat nicht bloss die veräusserte Sache selbst sondern auch alles dasjenige zurückzugewähren, was dem Vermögen des Gemeinschuldners mittelbar entzogen, also immerhin weggegeben oder aufgegeben worden ist. Alles was sich in der Masse befinden würde, wenn die angefochtene Handlung nicht vorgenommen worden wäre, muss ersetzt werden.[7]) Hiezu gehören ausser dem Zuwachs der Sache vor allem die

[1]) Cosack S. 249 ff.; Eccius Bd. I. S. 781 § 114 Anm. 47; Fitting S. 164; Grützmann S. 229, 230; Hartmann S. 164; Jäckel S. 149 ff.; Korn S. 226 ff.; Kranichfeld S. 41; Mandry S. 477 § 50 Anm. 37; Meisner S. 133, 134; Otto S. 177; Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 166; v. Sarwey S. 202; Stieglitz S. 174 Nr. III.; v. Völderndorff Bd. I. S. 404; Wengler S. 238; Willenbücher S. 276 Nr. 2; v. Wilmowski S. 161; R.-G. (V.) 9. und 20. Dez. 1882, (II.) 21. März 1884, 26. Juni und 13. Okt. 1885, (VI.) 2. Juni 1886, (II.) 11. Juni 1886, jur. Wochenschr. 1883 S. 79 und 138, 1886 S. 248, Bolze Bd. II. Nr. 602, 604, Bd. III. Nr. 387; bayer. oberstes Landesg. 7. Dez. 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 167 ff. A. M.: Dernburg Bd. II. S. 329, 330, Harburger S. 394.

[2]) Vgl. dag.: Cosack S. 246, 251; Grützmann S. 230; Hartmann S. 166; Menzel S. 249 ff.; Otto S. 168.

[3]) Vgl. Jäckel S. 152; Korn S. 232; v. Wilmowski S. 162.

[4]) Vgl. dag. Hartmann S. 165; Jäckel S. 152; Korn S. 229; Meisner S. 134; Stieglitz S. 175; O.-L.-G. Kiel 12. März 1885, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 305.

[5]) A. M.: Fitting S. 164; v. Sarwey S. 202, 203; Wengler S. 238.

[6]) Vgl. dag. Jäckel S. 152.

[7]) Cosack S. 249 ff., 290 ff.; v. Wilmowski S. 162.

vom Anfechtungsgegner gezogenen Früchte, gleichviel ob dieselben noch vorhanden oder schon verzehrt sind. [1]) Ausser diesen Früchten müssen, da es nicht darauf ankommt, was der Anfechtungsgegner bezogen hat, sondern was der Masse entgangen ist, aber auch diejenigen Früchte ersetzt werden, welche der Gemeinschuldner bezw. der Verwalter hätte ziehen können. [2]) Ferner sind, soweit es sich um den Ersatz einer Geldsumme handelt, die Zinsen zu vergüten, welche der Masse entgangen sind. Dass solche hätten gezogen werden können, ist nicht bloss dann anzunehmen, wenn ein verzinslich angelegtes Kapital veräussert wurde, sondern in der Regel auch dann, wenn zur Zeit der Veräusserung eine verzinsliche Anlage nicht vorhanden war. Bei den heutigen Verhältnissen kann nicht behauptet werden, dass es an der Gelegenheit zu einer verzinslichen Anlage gefehlt habe. [3]) Ob auch Mietzins bezw. Pachtzins zu vergüten ist, hängt von den bestehenden thatsächlichen Verhältnissen ab. Hat der Anfechtungsgegner solche Zinsen gezogen, so wird in der Regel anzunehmen sein, dass auch der Gemeinschuldner bezw. der Verwalter in der Lage gewesen wäre, die Sache zu vermieten oder zu verpachten. Die Belastungen, welche der zurückzugewährenden Sache nach der Veräusserung auferlegt wurden (Hypotheken, Grundschulden, Dienstbarkeiten u. s. w.), hat der Anfechtungsgegner zu beseitigen, gleichviel ob er selbst die Belastung vorgenommen hat oder ob dieselbe gegen seinen Willen durch gerichtlichen Zwang herbeigeführt worden ist. [4]) Soweit die Benachteiligung durch eine anfechtbare Unterlassung verursacht ist (Bem. I. 3 zu § 22 S. 92), besteht eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Anfechtungsgegner bloss die Möglichkeit gewähren muss, die unterlassene Handlung nachzuholen, [5]) oder ob derselbe verpflichtet ist, den gemachten Erwerb bezw. Ersatz für denselben zurückzugewähren. [6]) In dieser Beziehung lässt sich, da die Unterlassung sehr verschiedene Wirkungen haben kann, eine allgemeine Regel nicht aufstellen. Ist infolge der Unterlassung eines Erbschaftsantrittes ein Dritter in die Lage gekommen, die Erbschaft zu erwerben, so sind nicht die zur Erbschaft gehörigen Vermögensgegenstände aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben worden. Es wurde vielmehr nur das Recht, die Erbschaft anzutreten, aufgegeben. Deshalb kann auch nur dieses Recht zurückgewährt werden, [7]) das für den Konkursverwalter, da er selbst die Erbschaft nicht antreten kann (Bem. III. 3 zu § 1 S. 11), regelmässig wertlos sein wird. Hat dagegen der Gemeinschuldner durch eine auf das Verfahren bezügliche Unterlassung den Verlust eines Prozesses herbeigeführt, so ist der Streitgegenstand bezw. der Wert desselben weggegeben worden. Es muss deshalb, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Prozess ohne die Unterlassung zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, der weggegebene Vermögensgegenstand bezw. die bezahlte Summe zurückgewährt werden. Ähnlich liegt die Sache, wenn der Gemeinschuldner eine Verjährungsfrist oder Protestfrist verstreichen liess und dadurch die verjährte Forderung bezw. den Wechselregressanspruch verlor. Hier besteht die Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung darin, dass sich der Schuldner auf den Untergang der Forderung nicht berufen darf. (Bem. III. 2 zu § 22 S. 100.) Die Rückgewähr aber liegt darin, dass die

1) Cosack S. 290, 291; Hartmann S. 167; v. Wilmowski S. 162. A. M.: Eccius Bd. I. S. 781 § 114 Anm. 47.

2) So auch Hartmann und v. Wilmowski a. a. O. A. M.: Cosack S. 291.

3) A. M. Cosack S. 291, 292.

4) R.-G. (V.) 25. Jan. 1882 und (VI.) 9. Mai 1887, Seuffert Archiv Bd. 37 S. 429, jur. Wochenschrift 1887 S. 273; bayer. oberstes Landesg. 28. Okt. 1885, Sammlung Bd. XI. S. 238, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 164.

5) So Jäckel S. 155; v. Völderndorff Bd. I. S. 308.

6) Harburger S. 398.

7) Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 115 ff.

Ausübung des durch die Unterlassung verlorenen Rechtes durch den Konkursverwalter als zulässig anerkannt wird.

Zur Rückgewähr ist derjenige verpflichtet, der infolge der anfechtbaren Handlung etwas aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erlangt hat. Gegen diese Person (den Empfänger oder Anfechtungsgegner) ist die Anfechtung zu richten. Ob derselbe zur Zeit der Anfechtung die veräusserte oder weggegebene Sache noch besitzt, ist gleichgültig. [1]) Wenn der Gemeinschuldner eine Forderung übertragen hatte und diese eingezogen worden ist, muss der Anfechtungsgegner auch dann die erhobenen Beträge zurückgewähren, falls ein Dritter dieselben in seinem Auftrag oder mit seiner Genehmigung eingezogen hat. [2]) Der Konkursverwalter hat nicht bloss die Thatsache, dass eine anfechtbare Rechtshandlung erfolgt ist, sondern auch die weitere Thatsache zu beweisen, dass dem Anfechtungsgegner aus dem Vermögen des Gemeinschuldners etwas zugewendet wurde. Für den Umfang der Rückgewähr kommt allerdings nicht bloss in Betracht, was der Anfechtungsgegner erlangt hat. Aber von demjenigen, der überhaupt nichts aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhielt, kann eine „Rückgewähr" nicht verlangt werden. Hat der Anfechtungsgegner den zurückzugewährenden Gegenstand veräussert, so kann er den Konkursverwalter auch dann nicht an denjenigen verweisen, der von ihm die Sache erworben hat, wenn der Verwalter berechtigt ist, sich (nach § 33) an diesen zu halten. Die Vorschrift des § 1226 Abs. 2 der bayer. Pr.-O., nach welcher dies geschehen konnte, ist durch § 4 E.-G. aufgehoben. [3]) Sofern die unmittelbare Inanspruchnahme eines Rechtsnachfolgers des ursprünglichen Anfechtungsgegners erfolgt, sind zunächst die Vorschriften des § 33 Abs. 2 massgebend. Auch soweit diese nicht zutreffen, kann aber der Verwalter gegen den Rechtsnachfolger oder jeden Dritten diejenigen Klagen anstellen, welche nach dem geltenden Rechte zufolge der Unwirksamkeit der angefochtenen Rechtshandlung begründet sind. In den Ländern, in denen französisches Recht gilt, kann der Konkursverwalter auf Grund des Art. 1166 C. c. gegen den Dritten alle diejenigen Klagen erheben, welche dem Anfechtungsgegner, dessen Gläubiger er ja ist, gegen den Dritten zustehen. Es bedarf in dieser Beziehung einer besonderen Abtretung nicht.

3) Die in § 30 Abs. 1 vorgesehene Verpflichtung zur Rückgewähr erschien gegenüber dem Empfänger einer u n e n t g e l t l i c h e n Leistung, der in der Lage ist, seinen guten Glauben nachzuweisen, als zu hart. Während der Empfänger einer entgeltlichen Leistung Dasjenige, was er dem Gemeinschuldner hingegeben hat, nach § 31 zurückfordern kann, müsste der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung, falls er nach § 30 Abs. 1 behandelt würde, das Zurückzugewährende dann aus seinem eigenen Vermögen entnehmen, wenn das Empfangene gestohlen oder verloren oder für Genüsse verwendet wurde, welche sich der Empfänger ohne die unentgeltliche Zuwendung nicht verschafft hätte. Dies wurde bezüglich derjenigen Fälle als unbillig angesehen, in welchen der Empfänger sich in gutem Glauben befand. Hier soll der Empfänger vielmehr nur insoweit zur Rückgewähr verpflichtet sein, als er durch die Zuwendung bereichert worden ist.

Bezüglich des U m f a n g e s der nach Abs. 2 zu bewirkenden Rückgewähr ist der Zeitpunkt entscheidend, in welchem der Konkursverwalter dem Empfänger gegenüber das Anfechtungsrecht ausgeübt hat. Durch die Anfechtung wird zwar der Anfechtungsgegner noch nicht notwendig in bösen Glauben versetzt. Aber der Empfänger muss sich von da an, wenn er nicht sofort die Rückgewähr vornehmen will, falls seine Verpflichtung hiezu anerkannt wird, als Verwalter fremden Gutes behandeln lassen. Die in diesem Zeitpunkt

[1]) O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Ann. Bd. VII. S. 501.

[2]) R.-G. (III.) 23. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 178.

[3]) v. Sarwey S. 202; v. Völderndorff Bd. I. S. 405 Anm. 13; Willenbücher S. 65 lit. d.; v. Wilmowski S. 161; R.-G. (I.) 16. Dez. 1879, Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 1068. A. M. Dernburg Bd. II. S. 330.

vorhandene Bereicherung muss er deshalb auch dann herausgeben, wenn sich dieselbe in der nachfolgenden Zeit verringert haben sollte. Eine Bereicherung ist nicht bloss dann vorhanden, wenn der Gegenstand der Zuwendung selbst sich noch im Vermögen des Anfechtungsgegners befindet. Vielmehr liegt eine solche auch insoweit vor, als das Vermögen des Anfechtungsgegners durch die unentgeltliche Zuwendung mittelbar vermehrt worden ist, indem für den veräusserten Gegenstand Entgelt gewährt wurde oder durch dessen Verwendung oder Verwertung andere Aufwendungen erspart worden sind. Der Konkursverwalter braucht, auch soweit Abs. 2 des § zur Anwendung kommt, nur nachzuweisen, dass der Gegenstand der Zuwendung in das Vermögen des Anfechtungsgegners gelangt ist. Behauptet dieser, dass eine Veränderung stattgefunden hat und infolge dessen eine Bereicherung nicht mehr oder nur in geringerem Umfange vorliegt, so muss er dies nachweisen. [1]) Als gutgläubig ist der Empfänger jedenfalls dann nicht zu behandeln, wenn er von einer Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hat. Aber die Kenntnis dieser Absicht ist nicht der einzige Umstand, durch welche der gute Glaube ausgeschlossen wird. Vielmehr ist der Empfänger in allen Fällen als bösgläubig im Sinne des Abs. 2 anzusehen, in welchen er Kenntnis davon hatte, dass die unentgeltliche Leistung eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger enthalte. [2]) Insbesondere kann die Kenntnis der Zahlungseinstellung, des Eröffnungsantrages und der auf Grund des § 98 der Konkursordnung getroffenen Verfügungen den guten Glauben ausschliessen. Derselbe liegt nur dann vor, wenn der Anfechtungsgegner der Ansicht war, es sei eine anfechtbare Handlung nicht vorhanden. Dass der Empfänger der unentgeltlichen Leistung in bösem Glauben war, hat nicht der Konkursverwalter zu beweisen, wie in den Motiven (S. 148) angenommen wurde. Dieser entledigt sich seiner Beweislast, wenn er nachweist, dass die unentgeltliche Verfügung nach § 25 der Anfechtung unterliegt. Hat er diesen Beweis geführt, so ist der Anfechtungsgegner nach § 30 Abs. 1, der im allgemeinen auch für unentgeltliche Verfügungen gilt und nicht voraussetzt, dass eine Bereicherung stattgefunden hat, zur Rückgewähr verpflichtet. Behauptet der Anfechtungsgegner, dass die besonderen Voraussetzungen des Abs. 2 vorlägen, welcher eine Ausnahmebestimmung für besondere Fälle enthält, so muss er nachweisen, dass diese Vorschrift Anwendung zu finden hat. [3]) Dies gilt nicht bloss für die in § 25 Z. 2 vorgesehenen Fälle, [4]) sondern auch für jene des § 25 Z. 1. In dem einen wie in dem andern Falle ist die Anfechtungsklage als eine blosse Bereicherungsklage nicht anzusehen, soll vielmehr mit Rücksicht auf die ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger Rückgewähr des der Masse Entzogenen eintreten. Nur unter besonderen Voraussetzungen wird der Umfang der Rückgewähr beschränkt und der Anfechtungsgegner schon dadurch befreit, dass er Dasjenige herausgiebt, um was er bereichert worden ist. Die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher durch Abs. 2 die Beweislast in anderer Weise geregelt ist, könnte nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn gesagt wäre, dass der Verwalter hier den bösen Glauben des Anfechtungsgegners beweisen müsse. Das ist aber im Gesetze in keiner Weise angedeutet und umsoweniger anzunehmen, als auch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften der Anfechtungsgegner nicht bösgläubig zu sein braucht. Wenn die Anfechtung begründet ist, richtet sich der Umfang der Rückgewähr an sich nach Abs. 1 des §. Nur wenn der Anfechtungsgegner beweist, dass die Voraussetzungen des Abs. 2 vorliegen, hat

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 165; Urt. des R.-O.-H.-G. vom 5. März 1875 und 14. Juni 1877, Entsch. Bd. 16 S. 164 ff. bes. 166, Bd. 22 S. 296 ff. bes. 299 ff.

[2]) Vgl. Cosack S. 252, 299; Hartmann S. 173; Kranichfeld S. 43; v. Sarwey S. 202; v. Völderndorff Bd. I. S. 407. A. M. Jäckel S. 162, 163; Korn S. 99; v. Wilmowski S. 164.

[3]) Cosack S. 302; Hartmann S. 175; Korn S. 99; v. Sarwey S. 206. A. M. Fitting S. 168 § 18 Anm. 12; Jäckel S. 164; Kranichfeld S. 43; Stieglitz S. 166; v. Völderndorff Bd. I. S. 406; Willenbücher S. 66; v. Wilmowski S. 164.

[4]) So Fitting, v. Völderndorff u. v. Wilmowski a. a. O.

diese Vorschrift Anwendung zu finden. Nach dem Wortlaut des Gesetzes („der gutgläubige Empfänger") könnte es scheinen, dass bezüglich der Frage, ob Abs. 2 des § Anwendung zu finden hat, lediglich der Zeitpunkt entscheidend sei, in welchem die Leistung empfangen wurde. Diese Auslegung entspricht aber nicht dem Sinne des §, durch welchen dem Empfänger einer unentgeltlichen Leistung nur insoweit also auch nur solange ein besonderer Schutz gewährt werden soll, als er sich in gutem Glauben befindet. Damit sich der Anfechtungsgegner auf Abs. 2 berufen und die Rückgewähr auf das Mass der Bereicherung beschränken kann, wird hienach vorausgesetzt, dass dessen guter Glaube fortgedauert und noch in dem Zeitpunkt bestanden hat, in welchem die Veränderung, auf welche sich der Anfechtungsgegner beruft (Veräusserung, Verlust u. s. w.) eingetreten ist. Wenn dieser sich zunächst in gutem Glauben befand, braucht er nur dasjenige herauszugeben, um was er bereichert war, als der gute Glaube aufhörte. Die Handlungen, durch welche sich die Bereicherung nach diesem Zeitpunkt verringerte, kommen nicht mehr in Betracht. [1]) Ein Antrag, am Schluss des Abs. 2 die Worte beizufügen: „so lange er im guten Glauben sich befand", wurde zwar in der Reichstagskommission abgelehnt. Dies geschah aber, nachdem hervorgehoben worden war, der Zusatz sei überflüssig. (K. S. 28.) Vielmehr haftet der Anfechtungsgegner für die in dem erwähnten Zeitpunkte vorhandene Bereicherung nach Abs. 1. Hat derselbe nachgewiesen, dass er zur Zeit des Empfanges in gutem Glauben war, so muss der Konkursverwalter, wenn er behauptet, der gute Glaube habe später aufgehört, dies beweisen. Dieser Glaube hört übrigens nur dadurch auf, dass der Empfänger nachträglich davon Kenntnis erlangt, die unentgeltliche Verfügung sei anfechtbar. Der Umstand, dass eine solche Verfügung in einem späteren Zeitpunkte nicht mehr getroffen werden könnte, ist unerheblich.

§ 31.

Die Gegenleistung ist aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann ein Anspruch nur als Konkursforderung geltend gemacht werden.

§ 32.

Wenn der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Empfangene zurückgewährt, so tritt seine Forderung wieder in Kraft.

(E. §§ 31 und 32; M. S. 188 ff.; K. S. 27 ff.; pr. K.-O. §§ 107 und 108.)

1. *Rückerstattung der Gegenleistung oder des Wertes derselben aus der Konkursmasse.*

(§ 31 Satz 1.)

Falls eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners vom Konkursverwalter mit Erfolg angefochten wird und deshalb § 30 Abs. 1 zur Anwendung kommt, hat der zur Rückgewähr

[1]) Cosack S. 299; Fitting S. 168; Hartmann S. 174; Jäckel S. 164; Kranichfeld S. 43; Meisner S. 138; v. Sarwey S. 204; Stieglitz S. 176; v. Völderndorff Bd. I. S. 408; Wengler S. 239; v. Wilmowski S. 164.

in die Konkursmasse Verpflichtete nicht schon deshalb Anspruch darauf, dass ihm auch Dasjenige, was er an den Gemeinschuldner geleistet hat, aus der Masse zurückerstattet werde. (Bem. 2.) Vielmehr ist ein solcher Anspruch nur dann begründet, wenn sich das, was geleistet wurde, in der Masse vorfindet oder diese um deren Wert bereichert erscheint, d. h. wenn statt des Gegenstandes der Leistung ein Gegenwert in der Masse enthalten ist. Die Rückgabe aus der Masse kann hienach verlangt werden, wenn es sich um einen bestimmten Gegenstand handelt, der in der Masse enthalten ist oder doch in derselben zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden war und zum Vorteil der Masse veräussert wurde. Ebenso ist ein derartiges Begehren gerechtfertigt, falls die Gegenleistung erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens an den Verwalter bewirkt worden ist, oder der Kaufpreis der an den Gemeinschuldner geleisteten und von diesem veräusserten Sache noch aussteht und der Masse zugut kommt. Durch den Kaufpreis, welchen der Konkursverwalter einziehen kann, ist die Masse bereichert, obwohl diese Bereicherung auf dem vor der Konkurseröffnung stattgefundenen Erwerb der Forderung beruht. Nur darauf, ob die Gegenleistung oder ein Gegenwert für dieselbe in der Masse nachweisbar ist, kann es aber ankommen, nicht darauf, ob die Bereicherung aus der Zeit vor der Konkurseröffnung stammt oder nach derselben erfolgte.[1]) Besteht der vorhandene Wert in einer bestimmt unterscheidbaren Sache, so ist der erwähnten Voraussetzung stets genügt, auch wenn eine vertretbare Sache z. B. in einem versiegelten Umschlag befindliches Geld in Frage steht. Gelangte der Gegenstand der Gegenleistung erst nach der Konkurseröffnung in die Masse, so ist dieselbe, wenn dieser Gegenstand nicht vor der Versilberung untergangen oder in anderer Weise abhanden gekommen ist, stets um dessen Wert bereichert.

In allen diesen Fällen begründet übrigens der Anspruch auf Zurückgabe der Gegenleistung nicht, wie in den Motiven (S. 149) angenommen wurde, ein Aussonderungsrecht, denn die Anfechtung hat nur obligatorische, nicht dingliche Wirkung. (Bem. III. 2 zu § 22 S. 100.) Die Verpflichtung des Verwalters ist vielmehr als eine Masseschuld (52 Z. 3) anzusehen.[2]) Keine Anwendung findet § 31 Satz 1, wenn an den Gemeinschuldner eine Summe Geldes bezahlt wurde, oder wenn die Sachen, welche den Gegenstand der Leistung bildeten, noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner veräussert worden sind und der Erlös an diesen bezahlt wurde, also nicht nachweislich der Masse zu gut kam.

Zur Erstattung der Gegenleistung ist der Konkursverwalter nur dann verpflichtet, wenn der Anfechtungsgegner seiner Verpflichtung zur Rückgewähr vollständig genügt, nicht aber dann, wenn diese, z. B. weil der Gegner selbst in Konkurs geraten ist, unterbleibt. Auch kann der Anfechtungsgegner nicht verlangen, dass die Gegenleistung erstattet wird, ehe die Rückgewähr bewirkt ist; insbesondere darf er nicht der Anfechtung den Einwand entgegensetzen, dass die Gegenleistung noch nicht erstattet sei. Vor erfolgter Rückgewähr liegt eine Bereicherung der Masse überhaupt nicht vor.[3])

Andererseits kann der Anfechtungsgegner verlangen, dass gleichzeitig mit der Rückgewähr, durch welche er seinerseits den früheren Zustand wieder herstellt, das gleiche seitens des Konkursverwalters durch Erstattung der Gegenleistung geschieht. Die Rückgewähr hat

[1]) Cosack S. 273 ff.; Dernburg Bd. II. S. 331 § 131 Anm. 9; Eck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 28 S. 399; Grützmann S. 238; Mandry S. 480; Otto S. 181; Stieglitz S. 179. A. M. Fitting S. 167 § 18 Anm. 9; Meisner S. 140; v. Völderndorff Bd. I. S. 413 ff.; v. Wilmowski S. 166.

[2]) Eck und Fitting a. a. O.; Fuchs S. 55; Grützmann S. 236 ff.; Korn S. 239; Meisner S. 139; v. Sarwey S. 207; Stieglitz S. 178, 179; Willenbücher S. 67; v. Wilmowski S. 165. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 412 Anm. 5.

[3]) Vgl. Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 25 S. 161; Fitting S. 165 § 18 Anm. 6; v. Sarwey S. 208; v. Völderndorff Bd. I. S. 412; v. Wilmowski S. 165; R.-G. (II.) 18. Mai 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 23; Urt. des R.-O.-H.-G. vom 27. April 1876, Entsch. Bd. 20 S. 17.

daher von beiden Seiten nur „Zug um Zug“ zu geschehen.[1]) Handelt es sich beiderseits um Geldzahlung oder um gleichartige Leistungen anderer Art, bei denen die Aufrechnung zulässig ist, so kann der Anfechtungsgegner den Betrag der Gegenleistung auf seine Leistung aufrechnen.[2]) Erfolgt die Rückgewähr nur teilweise, so hat die Erstattung der Gegenleistung keineswegs ganz zu unterbleiben. Vielmehr hat dieselbe in dem Verhältnisse zu erfolgen, in welchem das Vorhandensein der Gegenleistung mit Rücksicht auf die teilweise Rückgewähr noch eine Bereicherung der Masse darstellt. Als unrichtig muss die Ansicht von Otto (S. 180) angesehen werden, nach welcher die Gegenleistung vollständig zu erstatten ist, wenn auch die Rückgewähr nur zu einem kleinen Teil bewirkt wurde.

2. *Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs.*
(§ 31 Satz 2.)

Nach § 31 Satz 2 können die Gläubiger, denen ein Masseanspruch nach Satz 1 nicht zukommt, ihren Anspruch auf Rückerstattung des an den Gemeinschuldner Geleisteten bezw. auf Ersatz des Wertes als Konkursforderung geltend machen. Sie sind also in derselben Lage wie andere Gläubiger, welche eine Leistung vom Gemeinschuldner zu beanspruchen haben, die vom Verwalter abgelehnt wird. Auch ihr Anspruch wandelt sich, sofern derselbe nicht schon von vornherein auf Geld gerichtet ist, in eine Geldforderung um. Bei dieser Vorschrift werden Fälle vorausgesetzt, in denen Gegenansprüche erhoben werden, welche auf Satz 1 nicht gestützt werden können, weil weder die Gegenleistung noch deren Wert sich in der Masse befindet. In solchen Fällen liegt eine Bereicherung der Konkursmasse nicht vor, obgleich die Gegenleistung dem Gemeinschuldner zugut gekommen sein kann. Es besteht sonach nur ein Entschädigungsanspruch, welcher als Konkursforderung geltend zu machen ist. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift bedarf man nicht der Annahme, dass die Konkursmasse als „Rechtssubjekt“ angesehen werde,[3]) denn auch ohne letztere Annahme lässt sich das die Konkursmasse bildende, durch § 1 genau begrenzte Vermögen des Gemeinschuldners sehr wohl von dem schon vor der Konkurseröffnung vorhandenen, durch das Verfahren nicht betroffenen Vermögen desselben unterscheiden. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 31.) Ob eine unredliche Absicht des Anfechtungsgegners bei dem Abschluss des Geschäftes dessen Konkursforderung ausschliesst, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen, welches bezüglich der Frage massgebend ist, ob ein Rückforderungs- bezw. Entschädigungsanspruch besteht. Die Konkursordnung bestimmt nur, dass ein derartiger Anspruch, wenn er überhaupt begründet ist, als Konkursforderung geltend gemacht werden muss. Der zweite Satz des § bezieht sich übrigens nicht bloss auf den Ersatz für Gegenleistungen, sondern auch auf Gegenforderungen anderer Art, insbesondere auf solche, welche die Entschädigung für Früchte oder für Verwendungen auf die zurückgewährte Sache betreffen oder in einer Verschlechterung des dem Anfechtungsgegner zurückerstatteten Gegenstandes ihren Grund haben. Die Geltendmachung derartiger Ansprüche kann nicht aus dem Grunde bekämpft werden, weil die anfechtbare Handlung ohne weiteres als eine unerlaubte anzusehen sei[4]) (Bem. III. 1 zu § 22 und Bem. I. 2 zu § 23). Bei dieser Annahme hätte die Vorschrift in Satz 2, welche beweist, dass die anfechtbare Handlung an

[1]) Vgl. hiezu Grützmann, v. Sarwey und v. Völderndorff, welche nur darüber verschiedener Meinung sind, ob der Anfechtungsgegner oder der Konkursverwalter zuerst zu leisten hat, ferner Cosack S. 280, v. Wilmowski S. 165, 166, denen beizutreten ist, und Urt. des R.-O.-H.-G. v. 27. April 1876 a. a. O.

[2]) Vgl. Cosack S. 280; Eccius a. a. O.; Grützmann S. 238 Anm. 766; ferner R.-G. (II.) 8. Mai 1886 a. a. O.

[3]) So v. Völderndorff Bd. I. S. 414 Anm. 9.

[4]) Vgl. Jäckel S. 168, Otto S. 181. A. M. Korn S. 240 ff.; v. Sarwey S. 177; Stieglitz S. 180; v. Wilmowski S. 167.

sich nicht allgemein als eine unerlaubte gilt, keinen Sinn. Ausserdem müsste, wenn die erwähnte Auffassung richtig wäre, auch in den Fällen des § 30 Satz 1 und § 32 regelmässig geprüft werden, ob nicht nach dem Landesrechte der Geltendmachung der Ansprüche das Vorhandensein einer turpis causa im Wege stehe. Soweit § 30 Abs. 2 Anwendung findet, vermindert jeder Aufwand die Bereicherung, braucht also nicht erst ein Ersatzanspruch als Konkursforderung geltend gemacht zu werden.[1])

3. *Wiederaufleben der Forderung des Empfängers der angefochtenen Leistung.* (§ 32.)

Es liegt in der Natur der Sache, dass die Forderung des Gläubigers, wenn die Tilgung anfechtbar und das Empfangene zurückzugewähren ist, wieder in Kraft tritt, der Gläubiger dieselbe daher zur Konkursmasse anmelden kann. Dieser Satz wird im § 32 ausgesprochen, wie es auch in der preussischen Konkursordnung (§ 108) und in der bayerischen Pr.-O. (Art. 1228) geschehen war. Während § 31 mit Rücksicht auf die von dem Anfechtungsgegner bewirkte Leistung eine Ersatzforderung gewährt, handelt § 32 von dem Ersatz für die untergegangene Forderung, welcher in der Weise erfolgt, dass diese Forderung wieder auflebt. Dies ist selbstverständlich nur dann der Fall, wenn lediglich die Leistung des Gemeinschuldners als solche angefochten wurde, nicht wenn diese Leistung deshalb zurückgewährt werden musste, weil das Rechtsgeschäft, aus welchem die getilgte Forderung entsprungen ist, der Anfechtung unterliegt. Die Vorschrift des § 32 unterscheidet sich wesentlich von derjenigen in § 31; insbesondere ist die Frage, ob ein Anspruch überhaupt bestehen soll, nicht dem Landesrechte überlassen. Deshalb dürfen die Bestimmungen des § 31 nicht auf die unter § 32 gehörigen Fälle entsprechend angewendet werden.[2]) Da die frühere Forderung des Anfechtungsgegners „wieder in Kraft tritt", nicht eine neue Forderung begründet wird, kann derselbe seine Forderung ungeachtet der Vorschrift in § 48 Z. 2 zur Aufrechnung gegen Forderungen des Gemeinschuldners benutzen.[3]) Dagegen ist die Aufrechnung mit der wiederauflebenden Forderung gegen den Anfechtungsanspruch selbst nach § 48 Z. 1 ausgeschlossen. Die wiederauflebende Forderung des Anfechtungsgegners muss als Konkursforderung angesehen und behandelt werden, weil sie als solche auch dann geltend gemacht werden müsste, wenn sie gar nicht untergegangen wäre.[4]) Kann die Rückgewähr nicht vollständig bewirkt werden, weil der Anfechtungsgegner sich selbst im Konkurs befindet, so lebt auch dessen Forderung nur teilweise und zwar im Verhältnisse der Rückgewähr wieder auf.[5]) Abgesehen hiervon aber tritt die getilgte Forderung ihrem ganzen Umfange nach wieder in Kraft. Insbesondere kann auch ein mit derselben verbundenes Pfandrecht oder sonstiges Absonderungsrecht geltend gemacht werden. Ist die ursprünglich verpfändete Sache veräussert worden, so hat der Konkursverwalter hiefür Ersatz zu gewähren, weil das Absonderungsrecht nicht wiederhergestellt werden kann, sonach die Masse als bereichert erscheint. Der Anfechtungsgegner wird in diesem Falle für seine Forderung aus dem Erlös der verpfändeten Sache befriedigt, braucht also eine Konkursforderung nur insoweit geltend zu machen, als die Befriedigung aus dem Erlös nicht hinreicht.[6]) Der Verwalter wird deshalb in derartigen Fällen zu überlegen haben, ob er von dem Anfechtungsrechte Gebrauch machen soll. Da durch § 32 lediglich die Rechte des Anfechtungsgegners gegenüber der Konkursmasse geregelt werden, findet derselbe nur insoweit Anwendung, als durch die angefochtene Leistung eine Forderung des Gemeinschuldners

[1]) Vgl. Stieglitz S. 177, 178.

[2]) Grützmann S. 239. A. M. Cosack S. 284, 285; Korn S. 242.

[3]) A. M. Cosack S. 285.

[4]) v. Wilmowski S. 169. A. M. Cosack S. 287.

[5]) Cosack S. 286, 287.

[6]) Vgl. Cosack S. 285.

getilgt wurde. Die Frage, ob auch die von dem Gemeinschuldner bezahlte Forderung eines Dritten wieder in Kraft tritt, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu entscheiden, welche allerdings in der Regel zu demselben Ergebnisse führen werden.[1]) Wurde ein Schuldner des Gemeinschuldners, der an diesen eine Zahlung leistete, infolge einer Anfechtung genötigt, nochmals an den Konkursverwalter zu zahlen, so kann er wegen der ersten Zahlung eine Konkursforderung anmelden, sofern ihm nicht nach dem bürgerlichen Rechte auf Grund seiner eigenen Arglist eine Einrede entgegensteht.[2])

§ 33.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen anderen Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letzteren begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen;
2. wenn er zu den im § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, dass er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntnis hatte.

(E. § 33; M. S. 150 ff.; K. S. 28; pr. K.-O. § 109.)

1. Voraussetzung, dass die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründet ist. Folgerungen daraus.

Damit eine Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger einer bestimmten Person geltend gemacht werden kann, wird regelmässig vorausgesetzt, dass die Rechtshandlung, auf welche der Rechtsvorgänger seine Ansprüche stützt, angefochten werden kann. Dies ergiebt sich mit Bestimmtheit aus dem Wortlaut des Gesetzes. (Vgl. auch M. S. 150 ff.) Rechtsvorgänger und Rechtsnachfolger können zwar gemeinschaftlich als Streitgenossen im Sinne des § 58 C.-P.-O.[3]) verklagt werden. Die Anfechtung kann sich aber auch lediglich gegen den Rechtsnachfolger richten, denn dieser allein soll die Wirkungen der erfolgreichen Anfechtung tragen und aus seinem Vermögen die Rückgewähr leisten.[4]) Daraus, dass die Anfechtbarkeit dem Rechtsvorgänger gegenüber begründet sein muss, folgt nicht ohne weiteres, dass durch die rechtskräftige Zurückweisung des gegen den Rechtsvorgänger erhobenen Anfechtungsanspruchs auch die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger unbedingt

[1]) Vgl. Meisner S. 145; v. Sarwey S. 212; Stieglitz S. 181; Willenbücher S. 67; v. Wilmowski S. 169. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 417 Nr. III.

[2]) v. Sarwey S. 213 Anm.; Stieglitz S. 181.

[3]) R.-G. (V.) 9. Dez. 1882 und (VI.) 11. Okt. 1886, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 1140 und jur. Wochenschr. 1886 S. 348, 349.

[4]) R.-G. (V.) 9. Dez. 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 1140. Vgl. auch bez. der pr. K.-O. Urt. des pr. Obertribunals v. 18. Sept. 1862, Striethorst, Arch. Bd. 46 S. 204, Entsch. Bd. 49 S. 356.

ausgeschlossen wird.[1]) Vielmehr sind in dieser Beziehung die bezüglich der Rechtskraft der Urteile geltenden Grundsätze (§ 293 der C.-P.-O.) entscheidend, nach welchen zwischen den einzelnen Fällen zu unterscheiden ist. Wurde die Anfechtung lediglich auf dem Wege der Einrede oder Replik geltend gemacht, um einen von dem Gegner erhobenen Anspruch oder eine Einrede desselben zurückzuweisen, so erwächst die Entscheidung, durch welche die Anfechtung für unbegründet erklärt wurde, nach § 293 überhaupt nicht in Rechtskraft, kann also auch dem Rechtsnachfolger nicht zu gut kommen. Es ist dann, soweit es sich um die Anfechtung handelt, nicht über einen durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch, sondern nur über ein Verteidigungs- bezw. Angriffsmittel entschieden worden.[2]) Wurde der Anfechtungsanspruch dagegen auf dem Wege der Klage geltend gemacht, so erwächst der Ausspruch über die Unanfechtbarkeit in Rechtskraft, gleichviel, ob lediglich die Feststellung der Unwirksamkeit oder zugleich die Verurteilung zur Rückgewähr beantragt worden war. Auch im letztern Falle wird über das dem Anspruche zu Grund liegende Rechtsverhältnis bezw. darüber entschieden, ob der Anfechtungsanspruch begründet ist oder nicht. Auf diese rechtskräftige Entscheidung kann sich der Rechtsnachfolger berufen, wenn die Rechtsnachfolge eingetreten ist, nachdem das Urteil die Rechtskraft beschritten hatte, nicht aber, wenn das Urteil erst nach dem Eintritte der Rechtsnachfolge erlassen wurde oder in Rechtskraft erwuchs.[3]) Nur unter den Voraussetzungen des § 236 Abs. 3 der C.-P.-O. kann sich der Rechtsnachfolger auch in dem letztern Falle auf die rechtskräftige Entscheidung berufen. Um die Aufhebung eines Vertrages handelt es sich bei der Anfechtung nicht. (Vgl. § 22 Bem. III. 2 S. 100.)[4]) Dieselben Grundsätze gelten auch umgekehrt in den Fällen, in welchen die Anfechtbarkeit dem Rechtsvorgänger gegenüber durch rechtskräftige Entscheidung festgestellt worden ist.

2. *Anfechtungsrecht gegen die Erben.*

Der anfechtbare Erwerb beruht zwar auf einer an sich gültigen Rechtshandlung und die Anfechtung wirkt nur gegen die Person des Anfechtungsgegners. Aber das Vermögen des Empfängers oder ersten Erwerbers ist mit der Verbindlichkeit zur Rückgewähr belastet. Es entspricht daher dem Gedanken der Gesamtrechtsnachfolge des Erben in das Vermögen des Erblassers, dass das gegen den letztern begründete Anfechtungsrecht auch gegenüber den Erben geltend gemacht werden kann. Ob der Erbe den Thatbestand der Anfechtung gekannt hat, ist unerheblich. Die Antretung der Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Nachlassverzeichnisses berührt nur den Umfang, nicht die Zulässigkeit der Anfechtung. (M. S. 153.) Auch wenn der Konkurs über den Nachlass desjenigen eröffnet wurde, der die anfechtbare Handlung vorgenommen hat, kommt § 33 zur Anwendung. Dagegen trifft diese Vorschrift, welche sich lediglich auf die Erben und Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners bezieht, nicht zu, wenn die Handlung, durch welche die Nachlassgläubiger benachteiligt werden, nicht von dem Erblasser selbst, sondern von einem seiner

[1]) Das pr. Obertrib. entschied am 11. Dez. 1851 (Entsch. Bd. 22 S. 123), wenn der Kurator mit der Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger unterlegen sei, komme diese Entscheidung nach den Grundsätzen über die Rechtskraft dem Rechtsnachfolger zugut. Diese in den Motiven (S. 150 ff.) gebilligte Auffassung wird geteilt von: Dernburg Bd. II. S. 328 § 130 Anm. 11; Hullmann S. 156; Jäckel S. 111; Kranichfeld S. 51, 53 Nr. 6; v. Sarwey S. 215 Nr. 4; Stieglitz S. 183; v. Völderndorff Bd. I. S. 422; Willenbücher S. 69, 70. Dagegen wird die entgegengesetzte Auffassung vertreten von: Francke im Arch. für civ. Pr. Bd. 62 S. 494; Grützmann S. 207, 208; Hartmann S. 199; Meisner S. 146 Nr. 2; Otto S. 116; v. Wilmowski S. 171 Nr. 3.

[2]) Vgl. auch Jäckel S. 112.

[3]) Vgl. Windscheid Bd. I. S. 435 § 132 Anm. 3; Cosack S. 324; Korn S. 159, 160; Menzel S. 214.

[4]) A. M. Jäckel S. 112; Korn S. 159.

Erben vorgenommen wurde. Ist diese Handlung nach der Eröffnung des Konkurses erfolgt, so kommt § 6 zur Anwendung. Wurde dieselbe vorher vorgenommen, so ist die Anfechtung gegen denjenigen zu richten, der aus der anfechtbaren Handlung etwas erworben hat. Dieser, nicht der veräussernde Erbe, ist als Anfechtungsgegner anzusehen. [1])

Der in Abs. 1 des § aufgestellte Grundsatz muss nach der dargelegten rechtlichen Grundlage der Vorschrift auch gegenüber den Erben des Sonderrechtsnachfolgers zur Anwendung kommen. [2]) Sind mehrere Erben vorhanden, so haften dieselben für die Rückgewähr in derselben Weise wie für andere Verbindlichkeiten. Ob sie aber gemeinsam verklagt werden müssen und, wenn sie einzeln verklagt werden, die Legitimation zur Sache bestreiten können, richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte. [3])

3. *Anfechtung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern im allgemeinen.*

Mit Rücksicht darauf, dass die angefochtene Handlung an sich gültig ist und nur gegenüber dem Anfechtungsgegner, der sich auf dieselbe nicht berufen kann, die Verpflichtung zur Rückgewähr begründet (Bem. III. 2 zu § 22), geht das Gesetz von dem Grundsatze aus, dass diese Verpflichtung auf die Sonderrechtsnachfolger des Anfechtungsgegners nicht übergeht. Die Anfechtung gegenüber solchen Personen ist deshalb nur bei dem Vorhandensein besonderer, in deren Person begründeter Voraussetzungen gestattet, welche es rechtfertigen, dass auch diesen Rechtsnachfolgern eine persönliche Verpflichtung zur Rückgewähr auferlegt worden ist.

Sonderrechtsnachfolger des ersten Erwerbers ist nicht nur derjenige, welcher seinen Erwerb unmittelbar von dem ersten Erwerber ableitet und gerade die auf den ersten Erwerber übergegangenen Sachen oder Rechte erworben hat, sondern jeder, der von dem ersten Erwerber oder einem Rechtsnachfolger desselben Rechte an der veräusserten Sache (Eigentum, eine Hypothek oder Grundschuld, eine Dienstbarkeit u. s. w.) oder Rechte auf die Benutzung derselben (durch Pacht oder Miete u. s. w.) erworben hat, welche die Befriedigung der Gläubiger verhindern oder verkürzen. [4]) In diesem Sinne ist als Rechtsnachfolger des Indossanten auch der Indossatar anzusehen, obgleich die Wechselforderung des letztern mit Rücksicht auf die formale Natur der Wechselverpflichtung dem Schuldner gegenüber als eine selbständige, neue, nicht von dem Indossanten übertragene Forderung behandelt wird. [5]) Dagegen kann als Rechtsnachfolger derjenige nicht gelten, welcher ohne vermittelnde Rechtshandlung des frühern Besitzers durch Aneignung oder Ersitzung erwirbt. Für diesen Erwerber liegt der Grund seines Besitzes nicht in dem Rechte des Besitzvorgängers, von welchem er sein Recht nicht ableitet. Vielmehr liegt nur die Nachfolge in ein thatsächliches Verhältnis vor. Der Umstand, dass durch den selbständigen Erwerb einer solchen Person die Rückgewähr abgeschnitten oder erschwert wird, kann nicht die Anwendung des § 33 Abs. 2 auf den Erwerber, sondern könnte höchstens eine besondere gesetzliche Vorschrift rechtfertigen, durch welche auch ein derartiger Erwerb betroffen würde. [6]) Dem oben dargelegten Grundsatze gemäss gestattet Abs. 2 des § die

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 170 Nr. 1. A. M. Meisner S. 149; Stieglitz S. 182.

[2]) Vgl. Meisner S. 149.

[3]) Vgl. Hartmann S. 195.

[4]) Cosack S. 313; Hartmann S. 195; Korn S. 157; Mandry S. 457 § 50 Anm. 33; Menzel S. 215; v. Völderndorff Bd. I. S. 421; v. Wilmowski S. 170 Nr. 2; R.-G. (V.) 11. April 1883 und 24. Okt. 1885, Entsch. Bd. IX. S. 84 und Bd. XV. S. 368; bayer. oberstes Landesg. 28. Okt. 1885, Samml. Bd. XI. S. 238, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 164. A. M. Brettner in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 728; Jäckel S. 126.

[5]) Hartmann S. 195; Kranichfeld S. 52; v. Sarwey S. 216 Nr. 5; Stieglitz S. 183, 185.

[6]) Cosack S. 314, 315; Hartmann S. 196.

Anfechtung gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger nur, wenn derselbe von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hatte oder zu den in § 24 Z. 2 genannten Personen gehört und den in Abs. 2 Z. 2 vorgesehenen Beweis nicht führen kann. Auch wenn der Rechtsnachfolger die Sache durch unentgeltliche Verfügung erworben hat, ist die Anfechtung gegen den Rechtsnachfolger nur dann zulässig, wenn derselbe von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners Kenntnis hatte (Abs. 2 Z. 1). Der Umstand, dass der Erwerb auf einer unentgeltlichen Verfügung des Rechtsvorgängers beruht, wurde nicht für genügend erachtet, um die Zulassung der Anfechtung zu rechtfertigen, weil der Rechtsvorgänger bei seiner unentgeltlichen Verfügung nicht auf die Gläubiger eines Dritten (des Gemeinschuldners) Rücksicht zu nehmen braucht. (Vgl. M. S. 152.)

4. Anfechtung wegen Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners.
(Abs. 2 Z. 1.)

Wenn der Gemeinschuldner die in Frage stehende Rechtshandlung in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, so kann die Anfechtung auch solchen Rechtsnachfolgern des ursprünglichen Anfechtungsgegners gegenüber geltend gemacht werden, denen zur Zeit ihres Erwerbes die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners bekannt war. Damit diese Vorschrift Anwendung finden kann, muss jedoch nicht eine nach § 24 Z. 1 anfechtbare Rechtshandlung vorliegen. Es genügt, wenn die anfechtbare Handlung unter irgend eine Vorschrift der §§ 23—25 fällt. Daneben wird aber vorausgesetzt, dass die anfechtbare Handlung vom Gemeinschuldner in der Absicht vorgenommen wurde, seine Gläubiger zu benachteiligen. Von dieser Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners muss ferner der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, Kenntnis gehabt haben. Ist dieser Nachweis erbracht, so wird aber nicht vorausgesetzt, dass auch der erste Erwerber die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners kannte. (§ 24 Z. 1.) Die entgegengesetzte Auffassung findet in dem Wortlaut des Abs. 2 Z. 1 keinen Halt. Nach dieser Vorschrift ist zur Anfechtung gegen den Sonderrechtsnachfolger des ersten Erwerbers nur erforderlich: 1) dass von dem Gemeinschuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, eine Handlung vorgenommen wurde, welche dem ersten Erwerber gegenüber (nach den §§ 23—25) anfechtbar ist; 2) dass der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners zur Zeit seines Erwerbes Kenntnis hatte. Dass es gleichgültig ist, ob der erste Erwerber die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners kannte, wurde übrigens auch in den Motiven (S. 152 Nr. 1) hervorgehoben. [1]) Eine Rechtshandlung, welche nicht vom Gemeinschuldner selbst vorgenommen worden ist, kann überhaupt nicht nach Abs. 2 Z. 1 angefochten werden. [2])

Die in den §§ 23—26 vorgesehenen Fristen gelten auch in Ansehung des Rechtsnachfolgers, da gegen diesen die Anfechtung nur zugelassen wird, falls dieselbe dem ersten Erwerber gegenüber begründet sein würde. [3]) Da die Anfechtbarkeit gegenüber dem ersten Erwerber nicht gerade auf § 24 zu beruhen und derselbe von der Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht Kenntnis zu haben braucht, kommt auch nichts darauf an, ob der Rechtsnachfolger von einer etwaigen die Benachteiligungsabsicht betreffenden

[1]) Vgl. Fitting S. 154 § 16 Anm. 29; Fuchs S. 56; Grützmann S. 207 Anm. 654; Hartmann S. 199; Korn S. 157 ff.; Kranichfeld S. 52; Meisner S. 147, 148; Meves S. 43 unten; Otto S. 115; v. Sarwey S. 215; Stieglitz S. 184; v. Völderndorff Bd. I. S. 425, 426; Willenbücher S. 69 Nr. 4a u. 5; v. Wilmowski S. 170 und 173 Nr. 6. A. M. Hullmann S. 156; Jäckel S. 115, 116; R.-G. (V.) 7. Dez. 1881, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 167.

[2]) A. M. v. Sarwey S. 215 Nr. 3 und anscheinend auch Harburger S. 387.

[3]) R.-G. (V.) 28. Juni 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 164.

Wissenschaft des ersten Erwerbers oder der Zwischenmänner Kenntnis hatte. [1]) Soweit es sich um die Zwischenmänner handelt, wird überhaupt nicht vorausgesetzt, dass ihnen gegenüber die Anfechtung begründet sein würde. (Vgl. M. S. 150.) Der Umstand, dass ein Rechtsvorgänger des Rechtsnachfolgers, gegen welchen die Anfechtung gerichtet wird, unanfechtbar erworben hat, schliesst sonach die Anfechtung nach § 33 nicht aus, sofern nur die oben dargelegten Voraussetzungen gegeben sind. [2]) Bezüglich der Fälle, in welchen der Rechtsnachfolger seinen Erwerb auf ein nichtiges Rechtsgeschäft oder ein Scheingeschäft stützt, gelten dieselben Grundsätze wie bei der Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber. Ein Geschäft, das gar keinen rechtlichen Bestand hat, unterliegt nicht der Anfechtung. Der Konkursverwalter ist aber nicht genötigt, auf die Anfechtung zu verzichten, wenn der Anfechtungsgegner behauptet, dass ein ernstliches Geschäft vorliege. (Bem. I. 1 zu § 22.) [3])

5. *Anfechtung auf Grund naher Verwandtschaft des Rechtsnachfolgers mit dem Gemeinschuldner.*

(Abs. 2 Z. 2.)

Wenn der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet wird, zu den in § 24 Nr. 2 genannten Personen gehört, so ist die Anfechtung auf Grund der §§ 23—25 gegen ihn unter denselben Voraussetzungen gestattet, die ausreichen würden, wenn der Gemeinschuldner mit ihm selbst das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder eine andere Rechtshandlung ihm gegenüber vorgenommen hätte. Auch in diesen Fällen muss die Anfechtung gegenüber dem ersten Erwerber (nach den §§ 23—25) begründet gewesen sein. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Rechtsnachfolger sich nicht in Unkenntnis bezüglich der Umstände befunden hat, welche die Anfechtung gegen den ersten Erwerber begründen. Diese Unkenntnis muss der Verwandte beweisen. Liegen die erwähnten Voraussetzungen vor, so wird der Verwandte ebenso behandelt, als stände er an Stelle des ersten Erwerbers und hätte unmittelbar von dem Gemeinschuldner erworben. Die Vorschrift in Nr. 2 wurde im wesentlichen durch die Erwägung veranlasst, dass zur Umgehung des Gesetzes häufig ein anderer Erwerber zwischen den Gemeinschuldner und seine Verwandten bezw. den Ehegatten eingeschoben werde. (M. S. 153.)

Bei der Frage, ob der Rechtsnachfolger, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, zu den in § 24 Z. 2 genannten Personen gehört, kommt es lediglich auf das Verhältnis zum Gemeinschuldner, nicht auf dasjenige zu dem ersten Erwerber oder zu dem unmittelbaren Rechtsvorgänger an. [4]) Im übrigen ist in dieser Beziehung auf die Ausführungen zu § 24 (Bem. II. 3) zu verweisen.

6. *Art und Weise der Anfechtung; Wirkungen derselben.*

Wie bereits früher (Bem. 1) erwähnt wurde, setzt die Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger nicht voraus, dass der erste Erwerber oder ursprüngliche Anfechtungsgegner mitverklagt werde. Dringt nun der Verwalter mit der Anfechtung gegen einen Rechtsnachfolger durch, so hat die Rückgewähr in derselben Weise zu erfolgen, wie es seitens des ersten Erwerbers der Fall sein würde. (M. S. 153.)

Soweit es sich um § 33 Abs. 1 handelt, kann der Erbe natürlich auch die auf ihn übergegangenen Ansprüche aus den §§ 31 und 32 geltend machen. Dagegen liegt die Sache

[1]) Jäckel S. 116; Korn S. 160; v. Sarwey S. 213 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 427; Willenbücher S. 69; v. Wilmowski S. 171. A. M. R.-G. (V.) 7. Dez. 1881, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 167.

[2]) Hartmann S. 198; Jäckel S. 116; Stieglitz S. 183 Nr. III.; v. Wilmowski S. 171. A. M. Cosack S. 319 und Grützmann S. 207 Anm. 653.

[3]) A. M. Cosack S. 314; Menzel S. 215.

[4]) R.-G. (VI.) 2. Nov. 1887, jur. Wochenschr. 1888 S. 18.

anders bei der Sonderrechtsnachfolge. (§ 33 Abs. 2.) In diesem Falle kann der Rechtsnachfolger vom Konkursverwalter nicht Erstattung desjenigen Entgelts verlangen, das er seinem Rechtsvorgänger gewährt hat, denn dieses ist gar nicht in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt. Derselbe darf aber auch nicht ohne weiteres Rückerstattung der Gegenleistung beanspruchen, welche der erste Erwerber an den Gemeinschuldner bewirkt hatte. Diese Gegenleistung und die etwa vorhandene Bereicherung der Masse rührt nicht von dem Rechtsnachfolger her. Er kann deshalb, zumal auch für die Rückgewähr nur sein Erwerb in Betracht kommt, nicht Rückerstattung einer Gegenleistung fordern, die er gar nicht gemacht hat und durch welche die Masse nicht ihm gegenüber bereichert worden ist. Nur wenn nach dem bürgerlichen Rechte der auf der Bereicherung beruhende Rückerstattungsanspruch infolge der Rückgewähr kraft Gesetzes auf ihn übergeht, oder wenn dieser Anspruch auf ihn von dem Berechtigten übertragen wurde, kann hienach der Rechtsnachfolger verlangen, dass ihm die von seinem Rechtsvorgänger gemachte Gegenleistung gemäss § 31 aus der Konkursmasse erstattet werde. (M. S. 153.)[1])

§ 34.

Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens.

(E. § 34; M. S. 153 ff.; K. S. 28 und 149.)

1) Dass für die Geltendmachung der Anfechtung eine besondere Verjährungsfrist festgesetzt wurde, haben die Motive (S. 153 ff.) dadurch gerechtfertigt, dass die Konkursordnung die Rechte der Konkursgläubiger in vollem Umfange schütze, deshalb aber auch dafür sorgen müsse, „denjenigen, welcher der Anfechtung ausgesetzt sei, der Drohung einer solchen nicht auf unbestimmte Zeit zu überliefern.“ Die Frist von einem Jahre, die den gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Verjährung der actio Pauliana entspricht, beginnt mit dem Tage, an welchem das Konkursverfahren eröffnet wird, weil von diesem Tage an das Anfechtungsrecht begründet ist und vom Konkursverwalter ausgeübt werden kann. Bezüglich der Berechnung der Verjährungsfrist ist auf die Vorbem. zu §§ 22 ff. S. 88 zu verweisen, nach welcher die Vorschriften der C.-P.-O. hier nicht (unmittelbar) zur Anwendung kommen. [2]) Ob und unter welchen Voraussetzungen gegen den Ablauf der unbenutzten Frist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zulässig ist, muss, da es sich um eine Verjährungsfrist handelt und die Konkursordnung besondere Vorschriften nicht enthält, ebenso nach dem geltenden bürgerlichen Rechte beurteilt werden, wie die weitere Frage, ob und in welcher Weise der Lauf der Frist unterbrochen werden kann und welche Wirkungen die Unterbrechung hat. Die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit, dass die Folgen, zu welchen die Anwendung des bürgerlichen Rechtes führt, bei der Abfassung des Gesetzes überlegt und gewollt worden seien, kann nicht entscheidend sein. [3]) Wie bei andern Verjährungsfristen, so hat auch hier der Richter die Verjährung nicht von Amts wegen sondern nur dann zu berücksichtigen, wenn der Gegner sich auf dieselbe berufen hat. [4]) Selbst wenn man annimmt, das Anfechtungsrecht sei nicht bloss im Interesse der

[1]) Fuchs S. 56; Korn S. 161, 162; Mandry S. 481; Meisner S. 150 Anm. 1; Menzel S. 277; v. Sarwey S. 211; Stieglitz S. 180; Wengler S. 247; Willenbücher S. 70; v. Wilmowski S. 173. A. M. sind: Cosack S. 323; Grützmann S. 238 Anm. 765; v. Völderndorff Bd. I. S. 428.

[2]) Cosack S. 356; Korn S. 222; v. Sarwey S. 174 und 218; Stieglitz S. 187; v. Völderndorff Bd. I. S. 430; Willenbücher S. 71; v. Wilmowski S. 174. A. M. ist Fitting S. 160 § 17 Anm. 10.

[3]) A. M. Cosack S. 358 und v. Völderndorff Bd. I. S. 431.

[4]) Vgl. v. Wilmowski S. 174. A. M. O.-L.-G. Dresden 7. Febr. 1882, Juristenzeit. Bd. VII. S. 536 ff. bes. S. 540.

Gläubiger, sondern im öffentlichen Interesse gegeben, ist die entgegengesetzte Auffassung nicht gerechtfertigt, denn durch die im Interesse der Erwerber eingeführte Verjährung wird ja gerade die Anfechtung ausgeschlossen. Andererseits ist der Anfechtungsgegner, wie er den Anfechtungsanspruch selbst anerkennen kann, unzweifelhaft auch berechtigt, auf die Verjährungseinrede zu verzichten.

2) Durch den Eintritt der Verjährung erlischt das Anfechtungsrecht wie auch in den Motiven (S. 154) hervorgehoben wurde, vollständig, kann sonach weder auf dem Wege der Klage noch auf dem der Einrede geltend gemacht werden.[1]) Auf diese Verjährung kann sich natürlich auch der Rechtsnachfolger berufen, gegen den die Anfechtung gerichtet wird. Das den einzelnen Gläubigern ausserhalb des Konkursverfahrens zustehende Anfechtungsrecht, dessen Verjährung besonders geregelt ist (§ 12 Anf.-Ges.), wird durch die in § 34 vorgesehene Verjährung, welche bloss dem Konkursverwalter gegenüber wirkt, nicht berührt.

Vierter Titel.

Aussonderung.

(§§ 35—38.)

Vorbemerkungen.

1) Dass die Konkursgläubiger ihre Befriedigung nur aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erhalten, liegt in dem Wesen des Konkursverfahrens, in welchem nur persönliche Forderungen gegen den Gemeinschuldner verfolgt werden können (§§ 2 und 62), während die mit diesen Forderungen verbundenen Pfandrechte am Vermögen bezw. an Sachen dritter Personen ausserhalb des Konkursverfahrens zu verfolgen sind. Auch ergiebt sich dies aus der rechtlichen Natur der Konkursmasse, zu welcher an sich nur Vermögen des Gemeinschuldners gehört, mit welcher aber auf Grund erfolgreicher Anfechtung (§§ 22 ff. bes. § 30) diejenigen Bestandteile fremden Vermögens zu vereinigen sind, welche mit Rücksicht auf die (relative) Unwirksamkeit der anfechtbaren Handlung und die Verpflichtung zur Rückgewähr behufs Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden sind. Während aber die Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens nur die Wirkung hat, dass die zurückzugewährenden Gegenstände, obgleich sie einem Dritten gehören, zur Befriedigung des anfechtenden Gläubigers dienen (§ 7 Anf.-Ges.), findet bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter die Rückgewähr zur Konkursmasse statt, so dass die zurückgewährten Gegenstände wieder in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangen. (Bem. III. 3 a. E. zu § 22 S. 102 sowie Bem. 1 und 2 zu § 30.) Alle fremden Vermögensgegenstände, welche der Konkursverwalter in Besitz genommen hat (§ 107), müssen als nicht zur Konkursmasse gehörig an die Berechtigten herausgegeben werden. (M. S. 154.) Diese Verpflichtung zur Aussonderung beruht hienach nicht auf einem besondern von den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unabhängigen Aussonderungsanspruche, sondern hat darin ihren Grund, dass der Konkursverwalter nur solche Gegenstände zur Masse ziehen darf, welche nach den §§ 1 und 30 einen Bestandteil derselben bilden,[2]) und insbesondere solche Gegenstände aussondern muss, be-

[1]) So auch das O.-L.-G. Jena 9. Sept. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 249. Bezweifelt wird der obige Satz nur von Dernburg Bd. II. S. 331 § 131 Anm. 11 und Mandry S. 481.

[2]) In unzutreffender Weise wird obigem Gedanken von Oetker, Verfolgungsrecht S. 89, 95, 98 ff. dadurch Ausdruck gegeben, dass er bemerkt, die Aussonderung sei eine authentische Interpretation des § 1 der Konkursordnung durch den Konkursverwalter. Abgesehen davon, dass die Entscheidung des Verwalters, wenn er die Aussonderung verweigert, nicht massgebend ist, erscheint der Ausdruck „authentische Interpretation" nicht als glücklich gewählt.

züglich deren ein civilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe besteht. Von der Widerspruchsklage, welche in § 690 der C.-P.-O. vorgesehen ist, unterscheidet sich das Aussonderungsbegehren dadurch, dass dasselbe nicht gegen einen die Zwangsvollstreckung gegen seinen Schuldner betreibenden Gläubiger, sondern gegen den das Vermögen des Gemeinschuldners verwaltenden und diesen vertretenden Konkursverwalter gerichtet ist, der an Stelle des Gemeinschuldners den Besitz ausübt. (Bem. II. 1 zu § 5.) Während der nach § 690 C.-P.-O. der Zwangsvollstreckung Widersprechende in einem gegen den Schuldner gerichteten Vollstreckungsverfahren interveniert, wird der Aussonderungsanspruch gegen den Konkursverwalter geltend gemacht, der keineswegs gegen den Gemeinschuldner eine Zwangsvollstreckung betreibt, vielmehr als dessen Vertreter anzusehen ist.[1]) Aus der Natur des Aussonderungsrechtes ergiebt sich, dass der Konkursverwalter, dessen Aufgabe es ist, den Bestand der Masse festzustellen und die zu derselben gehörenden Gegenstände — aber auch nur diese — in Besitz zu nehmen und zu versilbern, nicht erst einen Antrag auf Aussonderung abzuwarten, dieselbe vielmehr von Amts wegen vorzunehmen hat, sobald er von den einen Aussonderungsanspruch begründenden Rechtsverhältnissen Kenntnis erlangt.[2])

Im gemeinen Rechte wurden die Personen, welche eine solche Ausscheidung und die Herausgabe der nicht zur Konkursmasse gehörenden Gegenstände verlangen konnten, „Separatisten ex jure dominii“ oder „Vindikanten“ genannt. Ebenso ist in der preussischen Konkursordnung (§§ 22 ff.) neben dem Ausdruck „Rückforderung“ noch die Bezeichnung „Vindikationsansprüche“ festgehalten worden. Diese Bezeichnungen wurden aber in der Konkursordnung aufgegeben, weil die Ansprüche der Aussonderungsberechtigten keineswegs auf die eigentliche Eigentumsklage (rei vindicatio) beschränkt seien, die actio Publiciana vielmehr nur den Hauptfall bilde und auch die Vindikation selbständiger dinglicher Rechte, namentlich die das Niessbrauchsrecht schützende confessoria sowie die hereditatis petitio hierher gehörten, ja die Herausgabe einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache auch auf Grund eines rein obligatorischen Rechtes erfolgen könne. (M. S. 154 und 155, Bem. 1 zu § 35.) Der Ausdruck „Rückforderungsansprüche“ wurde als ungenau ausgeschlossen, weil in den Fällen der Vindikation die Sache nicht gerade aus dem Besitz des Vindikanten in den des Gemeinschuldners und in die Masse gelangt zu sein brauche, die Vindikation also nicht immer, ja nicht einmal in der Regel, eine Rückforderung sei. (M. S. 155 und 156.)

2) Bezüglich der Behandlung von Ansprüchen, welche auf die Ausscheidung der nicht zur Masse gehörigen Gegenstände gerichtet sind, machen sich in den verschiedenen Konkursrechten sehr abweichende Auffassungen geltend. In älterer Zeit zog man im gemeinen Rechte die „Separatisten ex jure dominii“ gleich denen „ex jure crediti“ in den Kreis des Konkursverfahrens, in dem sie die erste Klasse der Gläubiger bildeten. Auch ist diese Auffassung in viele neuere Konkursordnungen übergegangen. In neuerer Zeit war aber das gemeine Recht zu der Anschauung des römischen Rechtes, die im französischen und englischen Rechte von jeher in Geltung war, zurückgekehrt, dass die „Vindikanten“ vom Konkurse unberührt bleiben und ihre Ansprüche ausserhalb des Konkursverfahrens gegen den Verwalter geltend zu machen haben. Dies nach dem Vorgange der preussischen Konkursordnung (§ 30) ausdrücklich im Gesetze auszusprechen, wurde für überflüssig gehalten. (M. S. 156.) Auch lag ein Bedürfnis nach einer solchen Vorschrift in der That nicht vor, weil sich das formelle Konkursrecht nur auf die Konkursgläubiger bezieht und sich die Art der Geltendmachung des Aussonderungsanspruches aus dessen Natur ergiebt.

Nach § 1 ist von der Konkursmasse nicht nur alles fremde Vermögen, sondern auch dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschlossen, welches der Zwangsvollstreckung

[1]) A. M. L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des Konkursr. S. 154 ff. und Mandry S. 281 § 27 Anm. 49. Vgl. dag. Voss im Arch. für civ. Pr. Bd. 71 S. 284 ff.

[2]) Vgl. Oetker, Verfolgungsr. S. 78 ff. §§ 7 und 8; ferner Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 126.

nicht unterliegt oder von ihm nach der Konkurseröffnung erworben wurde. Auf dieses Vermögen des Gemeinschuldners und seine darauf bezüglichen Ansprüche findet aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 35 („eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes“) der Begriff der Aussonderung keine Anwendung. Glaubt der Gemeinschuldner, dass ein bestimmter, ihm gehöriger Gegenstand nicht zur Konkursmasse gezogen werden dürfe, so hat er sich mit seinem Anspruche an den Konkursverwalter zu wenden. Wenn dieser den erhobenen Anspruch nicht für gerechtfertigt hält, so kann nicht durch Anrufung des Konkursgerichtes, unter dessen Aufsicht der Konkursverwalter nach § 75 steht, eine andere Entscheidung herbeigeführt werden. Die Aufsicht des Gerichtes dient nur dazu, den Verwalter zur Erfüllung seiner Pflicht anzuhalten. Hier ist es aber ebenso, wie bei der eigentlichen Aussonderung und bei andern vermögensrechtlichen Streitigkeiten, in das pflichtgemässe Ermessen des Verwalters gestellt, ob er den erhobenen Anspruch anerkennen oder es auf einen Prozess ankommen lassen will.[1]) Erkennt der Verwalter den Anspruch nicht an, so kann der Gemeinschuldner denselben auf dem Wege des Prozesses gegen den Verwalter verfolgen, welchem Prozesse der Umstand nicht im Wege steht, dass der Konkursverwalter, soweit es sich um die Verwaltung der Konkursmasse handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 32.) § 685 der C.-P.-O. kann in diesem Falle nicht zur Anwendung kommen, weil das Konkursverfahren nicht ein Zwangsvollstreckungsverfahren im Sinne des erwähnten Gesetzbuches darstellt und die Besitzergreifung und Verwaltung der Masse durch den Verwalter von der Pfändung oder sonstigen Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher grundsätzlich verschieden ist.[2])

Die Klage des Gemeinschuldners ist auf Aushändigung des beanspruchten Gegenstandes und, wenn derselbe bereits verkauft worden ist, auf Herausgabe des Erlöses zu richten, um welchen die Konkursmasse bereichert worden ist. (§ 52 Z. 3.) Hat der Gemeinschuldner seinen Anspruch vor dem Verkauf der Sache rechtzeitig geltend gemacht, der Konkursverwalter aber dieselbe trotzdem verkauft, oder trifft den Verwalter ein sonstiges Verschulden, so kann dem Gemeinschuldner auch ein Entschädigungsanspruch zustehen. (§ 52 Z. 1.)[3])

In Beziehung auf die Art und Weise, in welcher der Aussonderungsanspruch geltend zu machen und auf das Gericht, vor welchem der Streit auszutragen ist, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Während manche Gesetzgebungen die Entscheidung über die streitigen Ansprüche in allen Fällen dem Konkursgericht überwiesen, wurde in die Konkursordnung eine solche Vorschrift absichtlich nicht aufgenommen. (M. S. 157.)

Die Aussonderungsansprüche und die darauf bezüglichen Klagen sind in allen Fällen gegen den Konkursverwalter zu richten, da dieser die Konkursmasse zu verwalten und zunächst darüber zu verfügen hat, was zu derselben gehört, ihm gegenüber also auch geltend gemacht werden muss, es sei etwas mit Unrecht zur Masse gezogen worden. (Vgl. auch § 9.) In den auf die Aussonderung bezüglichen Prozessen ist aber der Konkursverwalter selbst ebensowenig wie die Gläubigerschaft als Partei anzusehen. Vielmehr ist auch hier der Gemeinschuldner selbst als Subjekt des zur Konkursmasse gehörigen, vom Konkursverwalter als seinem gerichtlich bestellten Vertreter verwalteten Vermögens Partei. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 33.[4]) Bei dieser Annahme gerät man keineswegs, wie Oetker be-

[1]) Vgl. jur. Wochenschr. 1883 S. 123; ferner Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 126, 127.

[2]) Vgl. noch O.-L.-G. Kiel 29. Sept. 1887, Schlesw.-Holst. Anz. 1887 S. 355 ff. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 439.

[3]) Vgl. Urt. des O.-L.-G. Kiel v. 29. Sept. 1887 a. a. O.

[4]) So auch Hellwig im Arch. für civ. Pr. Bd. 68 S. 236 Anm. 28 und Voss ebendas. Bd. 71 S. 285 Anm. 34. A. M. sind: L. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik S. 156, welcher die Gläubiger als Partei betrachtet, ferner Oetker, Verfolgungsr. S. 71 ff. und 101, sowie v. Völderndorff Bd. I. S. 437, welche annehmen, der Verwalter sei Partei.

hauptet, in einen Zirkel, falls der Konkursverwalter in dem Rechtsstreite unterliegt, denn daraus, dass festgestellt wird, die Sache gehöre nicht zur Konkursmasse, folgt keineswegs, dass der Verwalter nicht berufen gewesen sei, den Gemeinschuldner im Prozesse zu vertreten. Für die Verteilung der Parteirollen sind hier wie bei den von dem Verwalter erhobenen Klagen (z. B. der Vindikation) lediglich die Behauptungen der streitenden Teile massgebend. Behauptet der Verwalter, die streitige Sache gehöre zur Konkursmasse d. h. zu dem diese bildenden Vermögen des Gemeinschuldners, so muss der Aussonderungsanspruch auch gegen ihn als Verwalter der Masse und Vertreter des Gemeinschuldners gerichtet werden. Der Verlust des Prozesses stellt die Legitimation des Verwalters hier ebensowenig in Frage, wie in den Rechtsstreitigkeiten, welche er für den Gemeinschuldner in dessen Eigenschaft als Kläger geführt hatte. Oetker nimmt denn auch (S. 83—91) selbst an, die Passivlegitimation des Konkursverwalters werde nicht durch die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Sollmasse sondern durch diejenige zu der thatsächlich gegebenen Masse bestimmt.[1] Wer eine Aussonderung beansprucht, muss sich hienach alle Einreden und Gegenforderungen gefallen lassen, welche dem Gemeinschuldner gegen ihn zustehen.[2]

3) Bis zu welcher Zeit die Aussonderung verlangt werden kann, ist in der Konkursordnung nicht ausdrücklich gesagt. Es ergiebt sich aber aus der Natur der Sache wie aus den Vorschriften der §§ 35 („aus der Konkursmasse") und 38, dass der Anspruch auf den in Frage stehenden Gegenstand nur so lange geltend gemacht werden kann, als sich derselbe in der Masse befindet, und dass im Falle der Veräusserung dem Aussonderungsberechtigten nur ein Recht auf die Gegenleistung bezw. auf Abtretung des Anspruches auf dieselbe zusteht. Auch wurde in den Motiven (S. 157 und 376) mehrfach hervorgehoben, dass die Geltendmachung der Aussonderungsansprüche durch die thatsächliche Versilberung des beanspruchten Gegenstandes und Verteilung des Erlöses (§ 159) beschränkt werde und nach Vornahme der Veräusserung nur ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden könne, welcher als Masseforderung anzusehen sei. Wenn der Aussonderungsberechtigte seine Ansprüche nicht rechtzeitig vorbringt, läuft er hienach ebenso wie die Konkursgläubiger Gefahr, dieselben später nicht mehr geltend machen zu können. Bezüglich der dem Aussonderungsberechtigten zustehenden Masseforderung kommt § 159 zur Anwendung.

4) Die preussische Konkursordnung enthielt (in § 29) die Vorschrift: „Wenn dem Gemeinschuldner oder der Konkursmasse in Beziehung auf die zurückgeforderte Sache Gegenforderungen wegen Auslagen, Verwendungen, Abschlagszahlungen, oder aus einem andern Grunde zustehen, so kann die Herausgabe nur gegen Befriedigung der Gegenforderungen verlangt werden." Diese Bestimmung, die eine Verallgemeinerung des Art. 579 C. de commerce bezw. Art. 576 des französischen Fallimentsgesetzes enthielt und auch in andere Konkursordnungen übergegangen ist, wurde in die Konkursordnung nicht aufgenommen, weil damit nichts von den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes Abweichendes bestimmt, sondern nur auf dieses verwiesen werden solle. Welche Gegenforderungen des Gemeinschuldners der Konkursverwalter geltend machen und ob derselbe bis zur Befriedigung dieser Forderungen die Herausgabe des Aussonderungsgegenstandes verweigern könne, ist demgemäss nach den Vorschriften des geltenden bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.

§ 35.

Die Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund

[1] Vgl. v. Planck, Lehrbuch Bd. I. S. 199 ff.; ferner Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 39 ff., bes. S. 42, 43.

[2] So auch Oetker a. a. O. S. 116 ff.

eines dinglichen oder persönlichen Rechts bestimmen sich nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen.

(E. § 35; M. S. 157 ff.; K. S. 28 ff., 127 ff., 162 und 172 ff.; pr. K.-O. §§ 22, 24, 25.)

1) Nach der Vorschrift des § ist im allgemeinen das bürgerliche Recht bezw. Handelsrecht bezüglich der Frage massgebend, ob ein Aussonderungsrecht besteht. Die Frage, ob der Gemeinschuldner Eigentümer der beanspruchten unbeweglichen Sache ist, muss z. B. nach dem am Orte der belegenen Sache geltenden Rechte beurteilt werden. Dass sich zufolge dieses Grundsatzes in den einzelnen Ländern die Aussonderungsansprüche ganz verschieden gestalten werden, wurde hiebei vorausgesehen, ja gewollt. Allgemeine Gültigkeit beansprucht übrigens der schon oben (Vorbem. 1) angeführte Satz, nach welchem es zur Begründung eines Aussonderungsanspruches nicht notwendig ist, dass demjenigen, der einen solchen Anspruch erhebt, das Eigentum an der betreffenden Sache zusteht. Es ist überall nur erforderlich, dass der Gegenstand „nicht dem Gemeinschuldner gehört" und dass ein Anspruch auf Herausgabe der fremden Sache nach dem bürgerlichen Rechte begründet ist, sei es, dass die Rückgabe auf Grund eines dinglichen Rechtes oder auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses z. B. eines Leihvertrages verlangt wird.[1]) Soweit der Aussonderungsanspruch auf ein dingliches Recht gestützt wird, kommt neben der Eigentumsklage auch die actio Publiciana und die actio confessoria sowie die hereditatis petitio in Betracht. Wird der Anspruch auf Aussonderung aus dem publicianischen Besitze abgeleitet, so braucht zur Begründung desselben nicht der nahezu unmögliche Beweis geführt zu werden, dass der Gemeinschuldner nicht Eigentümer der auszusondernden Sache ist. Vielmehr muss es genügen, dass der Besitzer diejenigen Thatsachen beweist, welche die Voraussetzungen der actio Publiciana bilden. Will der Verwalter geltend machen, dass dem Gemeinschuldner ein besseres Recht zusteht, so muss er nachweisen, dass dieses Recht besteht. Der Thatbestand des Aussonderungsrechtes erfordert allerdings auch, dass die auszusondernde Sache nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Aber unter welchen Voraussetzungen dies anzunehmen ist, bestimmt sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte. Räumt dieses dem publicianischen Besitzer eine Klage ein, welche in ihren Wirkungen der Eigentumsklage gleichsteht, so muss mit dieser Klage auch die Aussonderung erzwungen werden können.[2])

Beruht der Aussonderungsanspruch auf einem obligatorischen Rechtsverhältnisse, so muss gleichfalls feststehen, dass die auszusondernden Gegenstände nicht zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören. Auch in derartigen Fällen, z. B. wenn es sich um einen Leihvertrag handelt, ist erforderlich, dass vom Kläger nicht eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners verlangt, sondern geltend gemacht wird, die Sache gehöre nicht zu dessen Vermögen. Aus dem Anfechtungsrechte kann dagegen ein Aussonderungsanspruch nicht abgeleitet werden. Auch bei der Anfechtung wird zwar in der Regel die Rückgabe einer bestimmten Sache verlangt. Aber dieses Begehren wird auf die Behauptung gestützt, dass die in Frage stehende Sache zum Vermögen des gegenwärtigen Besitzers gehöre und aus diesem Vermögen zurückzugewähren sei.[3]) Ein Aussonderungsanspruch besteht ferner nicht, wenn eine Sache wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Gemeinschuldners zurückgefordert wird oder der letztere nur der Gattung nach bezeichnete Sachen zu leisten hat, insbesondere dann nicht, wenn demselben nicht leihweise sondern als Darlehen Wertpapiere

[1]) R.-G. (II.) 15. Juni 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 15 S. 578 ff.

[2]) A. M. Hellwig im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 237.

[3]) R.-G. (II.) 20. Jan. 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 5; O.-L.-G. Dresden 18. Juni 1884, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 785.

übergeben wurden mit der Bestimmung, dass er nur eine bestimmte Anzahl gleicher Papiere oder deren Wert schuldig sei.[1])

Für den Bestand des Aussonderungsrechtes ist nicht der Zeitpunkt der Konkurseröffnung sondern derjenige der Geltendmachung des Anspruches massgebend. Regelmässig wird freilich entscheidend sein, ob der Anspruch zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bestand; aber die Rechtsverhältnisse können sich nach derselben durch Handlungen des Konkursverwalters oder des Aussonderungsberechtigten verändern und diese Änderung kann für die Frage der Aussonderung erheblich sein. Hat z. B. der Gemeinschuldner als Käufer die ihm übersendeten Waren dem Verkäufer zur Verfügung gestellt und letzterer diese Erklärung nach der Konkurseröffnung angenommen, ehe der Verwalter erklärt hat, dass er die Waren annehme, so liegt darin die rechtzeitige Zurücknahme des Erfüllungsanerbietens seitens des Verkäufers und ist dieser zur Aussonderung berechtigt. Ob derselbe etwa bis zur Konkurseröffnung auf der Annahme der Waren bestanden hat, ist unerheblich.[2])

2) Das bürgerliche Recht reicht jedoch nicht in allen Beziehungen aus, sondern es sind noch besondere konkursrechtliche Bestimmungen erforderlich, was bei Aufstellung des Entwurfes nicht verkannt wurde. Für diese besondern Vorschriften soll nicht das bisherige Konkursrecht, sondern lediglich die Konkursordnung massgebend sein. In dieser finden sich Abweichungen von dem allgemeinen bürgerlichen Rechte nur hinsichtlich der Verkäufer und Einkaufskommissionäre (§ 36), der Ehefrau des Gemeinschuldners (§ 37) und des noch ausstehenden Erlöses für die vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung oder vom Konkursverwalter nach derselben veräusserten Sachen. (§ 38.) Alle übrigen Sonderbestimmungen sind ausser Kraft gesetzt. Auf die Frage, welche Vorschriften der Landesgesetze dem allgemeinen bürgerlichen Rechte angehören und welche als konkursrechtliche Sonderbestimmungen anzusehen sind, kann nicht näher eingegangen werden. Es ist bei jeder einzelnen Vorschrift zu untersuchen, welche rechtliche Natur dieselbe hat. Dabei ist nicht der Umstand entscheidend, an welcher Stelle sich die Vorschrift befindet, sondern es kommt darauf an, ob die in Frage stehende Vorschrift das Eigentum regelt, oder ob sie die Aussonderung gestattet, obgleich der in Rede stehende Gegenstand dem Gemeinschuldner gehört.[3])

Von einer Zusammenstellung der aufgehobenen konkursrechtlichen Bestimmungen im Gesetze selbst wurde abgesehen. Es ist hienach in jedem einzelnen Falle zu entscheiden, ob die landesrechtliche Vorschrift, auf Grund deren ein Aussonderungsanspruch erhoben wird, dem allgemeinen Rechte angehört, d. h. auch dann geltend gemacht werden könnte, wenn der Gemeinschuldner nicht in Konkurs geraten wäre, oder ob es sich um eine Sonderbestimmung für den Konkurs handelt. Die Ausführungen in den Motiven zur Konkursordnung (S. 158 ff.) sind natürlich für den Richter nicht bindend.

Als die hauptsächlichsten Sonderbestimmungen, welche ihre Geltung verlieren, wurden hier bezeichnet:

a. Die Vorschrift der Hamburger Fallitenordnung (Art. 27 Nr. 3), nach welcher „demjenigen, der einem Fallito binnen 8 Tagen vor seinem Austritt Gelder zum Verwechseln hingegeben, ohne ihm selbige auf Zeit anzuvertrauen, soviel beim Ausbruch des Falliments von derselben Münzsorte sich in Natura in des Falliten Cassa befinde, wieder zuzustellen sei", und eine ähnliche Vorschrift der bayerischen Prioritätsordnung (§ 2). In dieser Beziehung wurde für die betr. Gebiete eine Abänderung des gemeinen Rechtes, das die Abforderung des Geldes davon abhängig mache, dass es noch unvermischt in der Konkurs-

[1]) R.-G. (II.) 27. Nov. 1885, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 11 S. 54.

[2]) R.-G. (I.) 1. Okt. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 434 und Bolze Bd. I. Nr. 1060; ferner R.-G. (VI.) 2. Mai 1887, württemb. Jahrb. Bd. I. S. 158 und O.-L.-G. Stuttgart 3. Dez. 1886, württemberg. Jahrb. Bd. I. S. 16 ff.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 225, 226; Stieglitz S. 191; v. Wilmowski S. 176.

masse befindlich sei, nicht für notwendig gehalten, und bemerkt, dass im Gebiete des preussischen und französischen Rechtes schon die gegenwärtigen Konkursgesetze von Sonderbestimmungen absehen;

b. die Vorschrift der preussischen Konkursordnung (§ 24), nach welcher Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Realisierung oder mit der ausdrücklichen Bestimmung übermacht worden sind, dass sie zur Deckung gewisser bei der Übermachung bezeichneter künftiger Zahlungen dienen sollen, zurückgefordert werden können, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt. (V. auch Art. 383 C. de commerce, Art. 247 des bad. Handelsgesetzes, Art. 574 des franz. Fallimentsges. von 1838.) In dieser Beziehung wurde, soweit es sich um ein blosses Auftragsverhältnis handelt, eine Sonderbestimmung für überflüssig gehalten, weil der Gemeinschuldner nicht Eigentümer der betr. Wechsel u. s. w. geworden und der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners nach allen bürgerlichen Rechten dem andern Teile gegenüber zur Rückgabe verpflichtet sei (Bem. 3). Dagegen wurde die Vorschrift, soweit eine Vorleistung auf eine von dem Gemeinschuldner bedungene Gegenleistung in Frage steht, verworfen, weil nach den in § 21 aufgestellten Grundsätzen (Bem. II. 1 zu diesem §) die Rückforderung der als Zahlung bezw. zur Deckung hingegebenen Wechsel ausgeschlossen sei;

c. die Vorschrift des § 25 der preussischen Konkursordnung (v. auch C. de commerce Art. 581, franz. Fallimentsges. Art. 575, bad. Handelsges. Satz 245, bayer. Prioritätsordnung § 3 Nr. 2), nach welcher „Waren und andere Gegenstände, welche dem Gemeinschuldner zum Verkauf in Kommission gegeben sind, zurückgefordert werden können, sofern dieselben zur Zeit der Konkurseröffnung bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten, der sie für den Gemeinschuldner besitzt, in Natur unterscheidbar vorhanden sind.“ Diese Vorschrift wurde als mit dem Art. 376 und 377 H.-G.-B. nicht völlig vereinbar bezeichnet und noch weiter bemerkt, dass das Bedürfnis, dem Kommittenten die Einforderung des ausstehenden Kaufpreises von dem Dritten, dem Käufer, zu sichern, jetzt durch Art. 368 H.-G.-B. befriedigt sei und, was die Konkursverhältnisse betreffe, in der allgemeinen Vorschrift des § 38 seine Erledigung finde.

3) Da das Gesetz nicht von „Sachen“ sondern von „Gegenständen“ spricht (Bem. 3 zu § 38 und Vorbem. zu Tit. V.), unterliegt es keinem Zweifel, dass auch Gesamtheiten von Sachen (universitates rerum distantium), soweit dieselben nach bürgerlichem Rechte als Ganzes vindiziert werden können, sowie Rechte der Aussonderung unterliegen. Auch auf Forderungen, welche der Konkursverwalter für die Masse geltend machen will, bezüglich deren aber ein Dritter behauptet, Gläubiger zu sein, muss § 35 jedenfalls zur Anwendung kommen.[1]) Wenn z. B. der Verkäufer im Auftrage des Käufers die Sache weiterveräussert hat und in Konkurs geraten ist, steht nicht dem Konkursverwalter sondern dem Käufer als dem eigentlichen Veräusserer die Kaufpreisforderung und demgemäss ein Aussonderungsrecht zu.[2]) Hat der Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkursverfahrens eine Forderung auf einen Dritten übertragen, so ist ein Aussonderungsrecht in Beziehung auf diese Forderung nur dann begründet, wenn die Übertragung auch Dritten gegenüber wirksam ist, fällt sonach weg, wenn hiezu nach geltendem Rechte die Benachrichtigung des Schuldners vor der Übertragung bezw. eine Zustellung erfordert wird und es an einer solchen fehlt. Nach rheinischem Rechte kann in einem solchen Falle der Erwerber die Aussonderung der Forderung nicht beanspruchen, gehört diese vielmehr zur Konkursmasse, da (nach Art. 1690

[1]) So auch: v. Sarwey S. 220, 221 Nr. 2; Stieglitz S. 199 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 442 ff; Willenbücher S. 72 Nr. 3a; v. Wilmowski S. 176; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 101. Vgl. dag. Meves S. 54.

[2]) R.-G. (II.) 17. Mai 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 1584.

C. c.) dem Schuldner gegenüber nicht der Erwerber als der Gläubiger gilt, der Konkursverwalter vielmehr von dem Schuldner Zahlung fordern kann.[1]) In demselben Sinne wurde nach weimarischem Rechte entschieden.[2]) Dagegen steht nach gemeinem Rechte dem Erwerber, auch wenn eine Benachrichtigung des Schuldners zur Zeit der Konkurseröffnung nicht stattgefunden hat, ein Aussonderungsrecht zu, da er durch die Übertragung der Forderung ohne weiteres Gläubiger geworden ist. Eine nochmalige Übertragung der Forderung durch den Konkursverwalter würde das Aussonderungsrecht des ersten Erwerbers nicht ausschliessen, da der Verwalter nicht mehr Rechte auf einen Dritten übertragen kann, als er selbst hat.[3]) Hat der Verwalter die Forderung selbst eingezogen, so kann der Erwerber seinen Anspruch nach § 38 geltend machen.

Die Aussonderung eines Forderungsrechtes ist im allgemeinen nicht, wie v. Völderndorff a. a. O. annimmt, durch Abtretung der Forderung zu bewirken, die ja nicht zur Konkursmasse gehört, sondern dem Aussonderungsberechtigten selbst zusteht. Es kann vielmehr nur eine Anerkennung des wahren Sachverhaltes durch den Konkursverwalter bezw. eine Feststellung desselben durch das Gericht verlangt werden. Bei Hypothekforderungen wird der Aussonderungsanspruch regelmässig einen Eintrag in das Hypothekenbuch voraussetzen, so dass auch hier eine weitere Handlung nicht notwendig ist.[4])

Besondere Verhältnisse liegen vor, wenn Art. 368 Abs. 2 des H.-G.-B. Anwendung findet, nach welchem bestimmte Forderungen, welche dem Kommissionär aus einem von ihm abgeschlossenen Geschäfte gegen einen Dritten zustehen, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern kraft einer gesetzlichen Fiktion als Forderungen des letztern anzusehen sind. In diesem Falle kann wohl der Kommittent im Konkurs des Kommissionärs Aussonderung der Forderung verlangen, da der Verwalter nicht geltend machen kann, dass dieselbe dem Gemeinschuldner zustehe und die Konkursordnung das nach dem bürgerlichen Rechte begründete Aussonderungsrecht nicht beseitigt sondern aufrechterhalten hat.[5]) Da nach Abs. 1 des Artikels 368 der Kommittent die Forderung erst nach erfolgter Abtretung dem Schuldner gegenüber geltend machen kann, genügt aber hier ein Anerkenntnis des Verwalters nicht zur Verwirklichung der Aussonderung. Vielmehr kann der Kommittent eine förmliche Abtretung der Forderung verlangen.[6])

4) Bezüglich der Einkaufskommission wurde in den Motiven (S. 161, 162) bemerkt, dass die Frage, ob der Kommissionär das Eigentum an den von ihm gekauften Sachen für sich oder für den Kommittenten erworben habe, in der Regel nach Art. 376 des H.-G.-B. zu beurteilen sei, sofern dagegen diese Vorschrift nicht zur Anwendung komme, das allgemeine bürgerliche Recht entscheide. Nun erlangt aber bei der Einkaufskommission zunächst nicht der Kommittent, sondern der Kommissionär das Eigentum an den gekauften Sachen bezw. (soweit nicht Art. 368 Abs. 2 zur Anwendung kommt) das Forderungsrecht, welches den Gegenstand des Geschäftes bildet. Dem Kommittenten steht hienach im Konkurs des Kommissionärs ein Aussonderungsrecht regelmässig nicht zu, es sei denn, dass das Eigentums- oder Forderungsrecht aus einem andern Grunde vor der Konkurseröffnung auf ihn übergegangen, der Gegenstand aber thatsächlich in der Masse verblieben ist.[7])

[1]) R.-G. (II.) 24. April 1885, Bolze Bd. I. Nr. 2177.

[2]) R.-G. (III.) im Dez. 1884, ebendas. Nr. 226.

[3]) Vgl. Windscheid § 331 bes. Anm. 10 Bd. II. S. 275 ff. bes. S. 280 und die dort angeführte Litteratur.

[4]) Vgl. Hanseat. Gerichtszeit. Bd. VII. (Beiblatt) S. 289.

[5]) O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 102; Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 129, 130; von Hahn, H.-G.-B. Art. 368 § 3 S. 464; Puchelt, H.-G.-B. Art. 368 Nr. 4 Bd. II. S. 367; Makower, H.-G.-B. Art. 368 Anm. 13 S. 391; Laband in Goldschmidts Zeitschr. Bd. IX. S. 457; R.-O.-H.-G. 28. Juni 1872, Entsch. Bd. VII. S. 16 ff. bes. S. 21.

[6]) Vgl. Perl a. a. O. S. 130; R.-G. (III.) 15. März 1880, Entsch. Bd. I. S. 314, 315.

[7]) Vgl. hiezu wie bez. der folgenden Fragen: Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 94 ff.

Umgekehrt liegt die Sache bei der Verkaufskommission. Hier erlangt der Kommissionär den Besitz der zu verkaufenden Sache nur als Stellvertreter des Kommittenten, welcher solange Eigentümer derselben bleibt, bis der Kommissionär durch Übertragung des Eigentums oder Forderungsrechtes seinen Auftrag ausgeführt hat. Durch den blossen Abschluss des Geschäftes seitens des Kommissionärs wird das Aussonderungsrecht des Kommittenten noch nicht verloren. Nicht der Anspruch des Dritten auf Übertragung, sondern erst die Übertragung selbst beseitigt das Recht des Kommittenten, auf welchem sein Aussonderungsanspruch beruht. Ist der Kommissionär gemäss Art. 376 des H.-G.-B. als Selbstkäufer aufgetreten und befindet er sich im Besitze der Ware, so erlischt dagegen das Aussonderungsrecht des Kommittenten ohne weiteres, weil eine besondere Übertragungshandlung nicht erforderlich ist. Solange der Kommittent seinen Aussonderungsanspruch noch nicht geltend gemacht hat, kann übrigens der Verwalter von der ihm durch § 15 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen. Auch in diesem Falle ist sonach der zur Zeit der Konkurseröffnung gegebene Zustand nicht unbedingt für die Frage entscheidend, ob ein Aussonderungsanspruch besteht. (Vgl. Bem. 1 S. 174.)

Hat der Kommissionär die Sache in auftragswidriger Weise veräussert, so wurde durch seine Handlung regelmässig Eigentum nicht übertragen. Dem Kommittenten kommt sonach im Konkurse des Erwerbers ein Aussonderungsrecht zu, sofern ihm nicht der gute Glaube des Erwerbers entgegensteht. (Vgl. Art. 305—307 des H.-G.-B. und Art. 74 und 98 Z. 9 der W.-O.) Sofern der Verkaufskommittent die Aussonderung der zu verkaufenden Sache wegen der Ausführung des Auftrages nicht verlangen kann, steht demselben immerhin bezüglich der Kaufpreisforderung ein Aussonderungsanspruch zu. (Vgl. Art. 368 Abs. 2 des H.-G.-B. und Bem. 3 S. 176.) [1]

5) In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt den Antrag, hinter § 35 (als § 35 a) beizufügen: „Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden, welche dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie zur Sicherung gewisser, bei der Übertragung bezeichneter, künftiger Zahlungen dienen sollen, können zurückgefordert werden, wenn sie zur Zeit der Konkurseröffnung noch unbezahlt bei dem Gemeinschuldner oder bei einem Dritten vorhanden sind, welcher sie für den Gemeinschuldner besitzt". Hiezu bemerkte derselbe, sein Antrag stimme im wesentlichen mit § 24 der preussischen Konkursordnung überein, nur habe er den Ausdruck „übermacht" durch „übertragen" ersetzt und die Fälle ausgeschieden, wo das Papier „zur Deckung", nicht zur blossen Sicherung übergeben worden sei. Dieser wiederholt gestellte Antrag, dessen Notwendigkeit u. a. dadurch begründet wurde, dass das R.-O.-H.-G. annehme, ein in gewöhnlicher Weise girierter Wechsel gehe, obgleich er nur zu Inkassozwecken begeben werde, in das Eigentum des Empfängers über, wurde aber abgelehnt, nachdem die Regierungskommissäre denselben als teils überflüssig, teils gefährlich bezeichnet hatten, und bemerkt worden war: „das R.-O.-H.-G. habe nie entschieden, dass der Inkassogiratar dritten Personen gegenüber als Eigentümer des Wechsels anzusehen sei; auf das Verhältnis zwischen Indossataren und Indossant beziehe sich die fragliche Entscheidung nicht. [2]) Dieses Ver-

[1]) Perl a. a. O. S. 129; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 99 ff. bes. S. 102.

[2]) Bei dieser Frage kommen die Entscheidungen des R-O.-H.-G. vom 20. Dez. 1870, 2. Dez. 1871 und 9. April 1872 (Entsch. Bd. 1. Nr. 49 S. 170 ff., Bd. 4. Nr. 38 S. 191 ff., und Bd. 6. Nr. 10 S. 44 ff.) in Betracht, in welchen entschieden ist, der Wechselschuldner könne gegenüber der Klage des Indossatars auch dann keine Einreden aus der Person des Indossanten geltend machen, wenn er zugleich behaupte, es liege in Wirklichkeit ein blosses Prokura-Indossament vor und es sei die Indossierung nur vorgenommen worden, um die in Frage stehenden Einreden abzuschneiden. In dem letzten Urteil ist die Litteratur ausführlich zusammengestellt. In demselben Sinne wie das R.-O.-H.-G. sprechen sich aus: Thöl, Handelsrecht Bd. II. S. 741 § 182 Nr. 5, und eine

hältnis werde durch die lediglich formale Übertragung oder Cession nicht berührt, vielmehr komme alles auf die materielle Ursache der Übertragung an.“ (K. S. 28 ff., 227 ff., 163 ff.) Da allgemeine Übereinstimmung darüber bestand, dass in den angeführten Fällen ein Aussonderungsanspruch begründet sei und die Meinungsverschiedenheit sich nur darauf erstreckte, ob der Entscheidung des R.-O.-H.-G. wirklich die ihm beigelegte Tragweite zukomme und ob nicht durch Aufnahme eines derartigen § Missverständnisse entstehen könnten, wurde schliesslich als die übereinstimmende Ansicht der Kommission und der Regierungsvertreter zu Protokoll festgestellt: „Durch § 35 soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, dass sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung“, „zur Sicherung“ oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält.“ Die von den Regierungsvertretern geltend gemachte Ansicht muss auch als richtig angesehen werden. Die Wechselordnung regelt bloss die wechselmässigen Befugnisse und Verpflichtungen. Wenn nach derselben der Indossatar, sofern dem Giro eine Beschränkung nicht ausdrücklich beigefügt wurde, Dritten und namentlich dem Wechselschuldner gegenüber unbedingt als Eigentümer gilt, so folgt daraus nicht, dass er auch dem Indossanten gegenüber als Eigentümer gelten muss. Vielmehr ist für das materiellrechtliche Verhältnis zwischen dem Indossanten und dem Indossatar die dem Indossament zu Grund liegende causa entscheidend. Liegt nach dieser bloss ein Prokura- oder Inkasso-Indossament vor, so kann der Indossant vom Indossatar jederzeit die Rückgabe des Wechsels verlangen und muss diesem gegenüber und folgeweise auch der Konkursmasse gegenüber, soweit es sich um das rein civilrechtliche Verhältnis handelt, als Eigentümer angesehen werden. Der Indossatar ist nicht anders gestellt als der Besitzer eines Inhaberpapieres, der Dritten gegenüber als Eigentümer gilt aber denjenigen als Eigentümer anerkennen muss, der ihm das Papier zur Aufbewahrnng anvertraut hat. [1])

§ 36.

Der Verkäufer oder Einkaufskommissionär kann Waren, welche von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet und von dem Gemeinschuldner noch nicht vollständig bezahlt sind, zurückfordern, sofern nicht dieselben schon vor der

Reihe von Entscheidungen in Seuffert, Archiv Bd. 12 Nr. 190 S. 255, Bd. 18 Nr. 163 S. 265 ff., Bd. 25 Nr. 273 S. 426 ff. Die Zulässigkeit der Einrede wird dagegen angenommen in Seuffert, Archiv Bd. 19 Nr. 65 S. 65 ff. und Bd. 22 Nr. 265 S. 250 ff., ferner im Archiv für Wechselrecht Bd. 14 S. 246 ff. und Bd. 15 S. 113 ff., insbes. S. 163.

[1]) Vgl. hierüber ein Urteil des O.-A.-G. Lübeck vom 18. Dez. 1856 in Seuffert, Archiv Bd. 12. Nr. 67 S. 92 ff., ferner Thöl Bd. II. S. 439 ff. § 117 u. S. 444 § 118, wo auf den Unterschied zwischen dem Verhältnisse des Indossatars zum Indossanten und dessen Stellung zum Wechselschuldner hingewiesen wird; ferner Hoffmann im Archiv für Wechselrecht Bd. 14 S. 246. A. M. scheint Renaud S. 142 zu sein. Goldschmidt sagt in seiner Abhandl. über den Erwerb dingl. Rechte an Mobilien in der Zeitschr. für Handelsr. Bd. VIII. S. 326, dass der Aussteller, Remittent oder Indossatar eines Wechsels, welcher den Wechsel zwar durch eigentliches Indossament, aber ohne Absicht der Eigentumsübertragung begeben habe, Eigentümer des Wechsels sei. Dagegen bemerkt er S. 342: Art. 74 W.-O. enthalte nicht bloss eine Beschränkung der Vindikation, sondern eine vollständige Theorie des Eigentums an der Wechselurkunde. Vgl. ferner: Hullmann S. 161; Stieglitz S. 203 ff., 206; v. Völderndorff Bd. I. S. 446 Anm. 38; Willenbücher S. 73 Nr. 3a dd.; v. Wilmowski S. 177; Dernburg Bd. II. S. 289 § 117 Anm. 7; Fitting S. 199 § 22 Anm. 5; Perl a. a. O. S. 116, 117. v. Sarwey kommt (S. 245, 246) aus andern Gründen zu demselben Ergebnisse.

Eröffnung des Verfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Bestimmungen des § 15 finden Anwendung.

(E. § 36; M. S. 162 ff.; K. S. 32 ff.; pr. K.-O. §§ 26 u. 27.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Während dem Käufer, der zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Verkäufers noch nicht in den Besitz der von ihm gekauften Sache gelangt ist, früher nur nach dem in Bremen geltenden Rechte eine Sonderstellung eingeräumt war, und unter gewissen Verhältnissen das Recht zustand, die Herausgabe dieser Sache vom Konkursverwalter zu verlangen, wurde durch zahlreiche Vorschriften, die in den Motiven (S. 162 ff.) zusammengestellt sind, dem Verkäufer schon früher die Befugnis gewährt, eine an den Gemeinschuldner veräusserte, noch nicht bezahlte Sache aus der Konkursmasse zurückzufordern. Alle für den Konkurs geltenden besondern Vorschriften dieser Art, welche Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen über die Vindikation und den Erwerb des Eigentums bezw. die rechtliche Wirkung eines gültigen Vertrags bilden (M. S. 163), sind nun durch die Konkursordnung bezw. durch § 4 des Einf.-Ges. aufgehoben worden. Ein solches Rückforderungsrecht kann fernerhin nur geltend gemacht werden, wenn es sich um einen „dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstand“ handelt, und „nach den ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen“ ein Aussonderungsanspruch begründet ist (§ 35), oder wenn die Ausnahmevorschrift des § 36 zur Anwendung kommt. Soweit die Voraussetzungen dieses § nicht vorliegen, steht der Verkäufer, der aufgehört hatte, Eigentümer der verkauften Sache zu sein, dem Käufer gleich, der das Eigentum an der gekauften Sache noch nicht erworben, und hat, wie jeder andere Konkursgläubiger, gegen den Gemeinschuldner nur eine persönliche Forderung. (M. S. 164.) Dass im Gebiete des französischen Rechtes der Verkäufer auf Grund des Art. 2102 Nr. 4 C. c. ein Aussonderungsrecht nicht in Anspruch nehmen kann, wurde bereits früher auseinandergesetzt. (Bem. IV. 2 zu § 21.)

2) Das Recht des Verkäufers, die unbezahlten Waren zurückzufordern, wenn dieselben zur Zeit der Konkurseröffnung noch unterwegs waren (right of stoppage in transitu, droit de suite) ist bei allen Handelsvölkern althergebracht.[1]) Dass dieses Recht ungeachtet der darin enthaltenen Begünstigung des Verkäufers in der Konkursordnung Anerkennung fand, wurde in den Motiven (S. 165) dadurch gerechtfertigt, dass fast alle Rechtsgebiete Deutschlands, in denen nicht schon die Vindikation nach allgemeinen Grundsätzen oder weitergehenden Sonderbestimmungen statthaft sei, die Einrichtung als bestehendes Recht hätten, dass also nicht die Einführung eines fremden, sondern die Beibehaltung geltenden Rechtes in Frage stehe. Weiter wurde die ausnahmsweise, aus der Natur des in Rede stehenden Geschäftes entspringende Lage des auswärtigen Verkäufers hervorgehoben. Bei Distanzgeschäften ist der Verkäufer in der Regel genötigt, die Waren aus der Hand zu geben, und kann erst dann Zahlung verlangen, wenn der Käufer die Ware empfangen und angenommen hat. Es liegt also nicht eine auf seinem freien Willen beruhende Stundung des Kaufpreises vor. Vielmehr hat diese in dem Zwange der Verhältnisse ihren Grund. Da der Handel zwischen entfernten Orten unmöglich gemacht würde, wenn man

[1]) Bezüglich dieses Rechtes, das in England, Frankreich, Spanien, Holland und Belgien Anerkennung gefunden hat und das auch die preussische Konkursordnung (§§ 26 und 27) aufrecht erhielt — nur in der österreichischen Konkursordnung fehlt dessen Anerkennung — ist besonders zu vergleichen die ausführliche Darlegung der geltenden Grundsätze in dem Erkenntnis des R.-O.-H.-G. vom 7. Juni 1872, Entsch. Bd. 6 Nr. 69 S. 298 ff.

den Verkehr auch bei derartigen Geschäften auf die sofortige Zahlung verweisen wollte, musste deshalb dem Verkäufer für den Fall des Konkurses des Käufers die Befugnis eingeräumt werden, die Waren, welche sich noch unterwegs befinden, zurückzufordern. Die Bezeichnung „Rückforderungsrecht" mit dem von Oetker empfohlenen Ausdruck „Verfolgungsrecht" zu vertauschen, empfiehlt sich nicht, weil das Gesetz selbst die Bezeichnung „zurückfordern" gebraucht. Zudem passt dieser Ausdruck auch für den Fall, in welchem eine andere Person als der Absender das Aussonderungsrecht geltend macht, vollkommen, während die Bezeichnung „Verfolgungsrecht" die rechtliche Natur des Anspruches insbesondere den obligatorischen Charakter desselben weniger deutlich hervortreten lässt.

II. Voraussetzungen der Anwendung des §.

1. Gegenstand des Kaufes.

Die Vorschrift des § soll auf jegliche Ware, auf jede einem Handelsverkauf und der Versendung unterworfene Sache Anwendung finden. (M. S. 165.) Als Waren werden zwar im allgemeinen bewegliche Sachen nur dann bezeichnet, wenn sie den Gegenstand eines Handelsgeschäftes bilden. [1]) In § 36 ist aber das Wort in einem weitern Sinne verstanden. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob ein Handelsgeschäft in Frage steht, sondern nur darauf, ob die betr. Sache Gegenstand eines solchen Geschäftes sein kann. Wenn § 36 angerufen wird, dürfte zwar meistens ein Handelsgeschäft vorliegen und entweder der Verkäufer oder der Käufer Kaufmann im Sinne des H.-G.-B. sein. Notwendig ist dies aber keineswegs. Vielmehr können die Voraussetzungen des § auch dann vorliegen, wenn keiner der Vertragschliessenden Kaufmann ist, z. B. wenn ein Ackersmann oder Bergwerksbesitzer Getreide, Kartoffeln, Obst, Kohlen u. s. w. an einen Nichtkaufmann übersendet oder ein Gutsbesitzer sich von einem andern oder von einem Handwerker Holz, Möbel u. s. w. schicken lässt. In allen derartigen Fällen kann § 36 zur Anwendung gebracht werden. [2]) Als Waren sind auch Inhaberpapiere anzusehen. Dagegen können Forderungen nicht als solche gelten, da unkörperliche Gegenstände nicht unter den Begriff der Waren fallen. [3])

Im Code de commerce (Art. 580) und im badischen Handelsgesetz (Satz 244) war ausdrücklich vorgeschrieben, dass die Identität der vindizierten Waren mit den verkauften feststehen müsse, dass diese „n'ont subi en nature et quantité ni changement ni altération", und dass weder die ursprüngliche Verpackung noch die Stricke oder Zeichen geändert oder abgemacht worden seien. Von einer derartigen Vorschrift, welche schon das französische Fallimentsgesetz vom Jahre 1838 (Art. 575) aufgegeben hat, wurde in der Konkursordnung absichtlich Umgang genommen, weil die Notwendigkeit des Nachweises der Identität der zurückgeforderten Waren mit den abgesendeten selbstverständlich sei, weitere Beschränkungen aber dem Gemeinschuldner Gelegenheit gäben dadurch, dass er eine Ware auspacke, die andere dagegen unberührt lasse, den einen Gläubiger zu benachteiligen, den andern dagegen zu begünstigen. (M. S. 167, 168.) Die Ware ist dieselbe geblieben, obgleich ihre Substanz durch Naturgewalt eine Veränderung, z. B. eine Verschlechterung durch Seewasser, Hitze u. s. w. erlitten hat. Dagegen hört sie auf, dieselbe zu sein, sobald sie einer mit Bewusstsein vorgenommenen Umgestaltung durch menschliche Arbeit (Spezifikation) unterworfen,

[1]) Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht II. Aufl. Bd. II. S. 5 ff.; v. Hahn, Kommentar zum H.-G.-B. Art. 271 Bd. II. S. 8 § 5; Thöl, Handelsrecht Bd. I. S. 122 u. 593 §§ 31 bezw. 204; Brinkmann, Handelsrecht § 4 S. 9 ff.; Treitschke, Kaufkontrakt § 1 S. 1 ff.; Endemann, Handbuch Bd. II. S. 6 und 7.

[2]) Vgl. Oetker, Verfolgungsr. S. 11; Fitting S. 200 § 22 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. I. S. 459; Willenbücher S. 74 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 181 Nr. 3. A. M. sind: v. Sarwey S. 250; Stieglitz S. 208, 209; Wengler S. 265.

[3]) Vgl. Oetker S. 11, 12.

z. B. Eisen oder Holz zu Geräten, Maschinen, Waffen u. s. w., oder Wolle zu Tuch, eine Tierhaut zu Leder verarbeitet worden ist. Dasselbe ist der Fall, wenn eine Verbindung oder Vermischung mit andern Sachen zu einem untrennbaren Ganzen stattgefunden hat, was regelmässig nicht ohne menschliche Arbeit eintritt. Ist mit Rücksicht auf eine derartige Veränderung das Aussonderungsrecht ausgeschlossen, der veränderte Gegenstand aber in der Masse vorhanden oder diese doch um den vollen Wert der Sache oder einen Teil desselben bereichert, so steht dem Verkäufer eine Masseforderung zu. (§ 52 Z. 3.) Kann die Verbindung oder Vermischung mit einer andern Sache ohne besondere Schwierigkeiten wieder gelöst werden, so wird durch dieselbe die Identität der vorhandenen Ware mit der abgesendeten nicht aufgehoben. Es ist dann die Verbindung zu beseitigen und, soweit eine Vermischung in Frage steht, entweder eine Scheidung vorzunehmen oder ein entsprechender Teil der vorhandenen Ware, z. B. des aus gleichartigem Getreide bestehenden Haufens herauszugeben. In der Regel wird allerdings, wenn eine derartige Verbindung oder Vermischung stattgefunden hat, die Ware am Ablieferungsorte angekommen und in den Gewahrsam des Käufers oder einer andern Person für ihn gelangt sein. [1])

2. *Absendung von einem andern Orte.*

Damit § 36 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass die Ware dem Gemeinschuldner von einem andern Orte aus zugesandt wurde, und zwar ist dies, wie schon aus dem Grunde des Gesetzes (Bem. I. 2) hervorgeht, so zu verstehen, dass die Versendung von dem Verkäufer oder Einkaufskommissionär oder von einem Vertreter derselben vorgenommen wurde. Dabei kommt nichts darauf an, ob der Ort, an welchen die Ware abgesandt worden ist, oder ob ein anderer Ort in Ansehung der Verbindlichkeit des Käufers als Erfüllungsort gilt und auf wessen Kosten und Gefahr die Versendung erfolgte. Vorausgesetzt wird dagegen eine Versendung „an den Gemeinschuldner". Es fehlt sonach an den Voraussetzungen des Rückforderungsrechtes, wenn der Verkäufer die Ware an einen Dritten zu senden hatte, welcher dieselbe von seinem in Konkurs geratenen Käufer gekauft hat. [2]) Unerheblich ist, ob das Eigentum bereits auf den Gemeinschuldner übergegangen ist oder noch dem Absender zusteht. [3]) Im letztern Falle kann nur neben § 36 noch § 35 angerufen werden. Der Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner, durch welchen ein Aussonderungsrecht begründet werden soll, muss übrigens vor der Konkurseröffnung (durch den Vertrag selbst oder Übergabe von Dispositionspapieren) stattgefunden haben. Der Gemeinschuldner selbst kann nach der Eröffnung des Verfahrens Eigentum nicht mehr erwerben (§ 5). Wollte der Verwalter aber die Sache mit dem Willen, deren Eigentum zu erwerben, in seinen Gewahrsam bringen, so würde er sich damit für die Erfüllung des Vertrages entscheiden. Damit würde aber dem Aussonderungsrechte die Grundlage entzogen.

Dass auch der Einkaufskommissionär das Rückforderungsrecht habe, wurde im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen, weil derjenige Einkaufskommissionär, welcher nicht ausdrücklich als Selbstverkäufer auftrete, nicht als Verkäufer gelte (Art. 376 H.-G.-B.) und der Dritte, von welchem der Kommissionär gekauft habe, nach Art. 360 H.-G.-B. keine Rechte gegen den Auftraggeber erlange, bei strenger Auslegung sonach weder der eine noch der andere als Verkäufer Aussonderung verlangen könne. (M. S. 166.)

3. *Nichtbezahlung des Kaufpreises.*

Das Rückforderungsrecht kann nur dann ausgeübt werden, wenn die in Frage stehenden Waren noch nicht vollständig bezahlt sind. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob ein

[1]) Vgl. Oetker a. a. O.; v. Völderndorff Bd. I. S. 466.

[2]) Vgl. Oetker S. 12.

[3]) A. M. Wengler S. 264.

grösserer oder geringerer Teil des Kaufpreises rückständig ist; ebenso ist es gleichgültig, aus welchem Grunde die Zahlung noch nicht erfolgte. Auch wenn dem Gemeinschuldner Kredit bewilligt wurde und der Zeitpunkt der Zahlung noch nicht eingetreten ist, findet die Vorschrift des § Anwendung. Wurden dem Verkäufer Wechsel gegeben, so kommt es darauf an, ob die Hingabe „an Zahlungsstatt" oder „zahlungshalber" erfolgte, d. h. ob die Wechsel als Zahlung angenommen wurden, was im Zweifel nicht zu vermuten ist, oder ob die Forderung erst durch Eingang des Wechsels getilgt werden sollte. Im letztern Falle kann der Gläubiger das Rückforderungsrecht ausüben, wenn die Wechsel nicht eingingen, er also in Wirklichkeit eine Zahlung nicht erhalten hat. (V. Bem. I. 3 zu § 15 S. 61 Anm. 2.)[1])

Wenn eine Forderung aus dem Kaufvertrage überhaupt nicht mehr besteht, kann § 36 keine Anwendung finden. Das Bestehen einer zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung schliesst aber diese Anwendung nicht unbedingt aus.[2]) Vielmehr verliert das Rückforderungsrecht erst dadurch seine Grundlage, dass die Aufrechnung vollzogen und somit die Forderung des Verkäufers bezw. Einkaufskommissionärs erloschen ist. Wo die sich gegenüberstehenden Forderungen, wie es nach französischem Rechte (Art. 1290 C. c.) unter bestimmten Voraussetzungen der Fall ist, durch die von Rechts wegen eintretende Wettschlagung ohne weiteres erlöschen, wird durch diese Wettschlagung ebenso wie durch die Zahlung des Kaufpreises das Rückforderungsrecht beseitigt. Dieselbe Wirkung hat, wenn die Aufrechnung nach dem geltenden Rechte durch Willenserklärung des Schuldners vollzogen wird, die darauf gerichtete Erklärung, welche die Kaufpreisforderung aufhebt. Soweit angenommen wird, die Aufrechnung werde vom Richter vollzogen, kommt es dagegen darauf an, ob durch dessen Ausspruch die Forderung des Verkäufers bezw. Einkaufskommissionärs erloschen ist. In allen diesen Fällen zieht der Untergang der Kaufpreisforderung, obgleich im Gesetze nur davon die Rede ist, dass die Ware noch nicht vollständig „bezahlt" sei, den Verlust des Rückforderungsrechtes nach sich, denn das Rückforderungsrecht wurde nur mit Rücksicht auf das Bestehen dieser Forderung eingeräumt und die vollzogene Aufrechnung steht in ihren Wirkungen der Zahlung gleich. Würde dem Verkäufer das Recht zustehen, obgleich er nichts mehr zu beanspruchen hat, die Ware zurückzufordern, so würde er auf Kosten der Konkursgläubiger in ungerechtfertigter Weise bereichert.[3]) Stand der Gemeinschuldner mit dem Absender in laufender Rechnung und ist die Forderung des letztern als getilgt anzusehen, weil der Belastung des Gemeinschuldners mit der Kaufpreisforderung gleich grosse oder grössere Belastungen des Absenders gegenüber stehen, sich also kein Saldo zu dessen Gunsten ergiebt, so kann derselbe ein Aussonderungsrecht aus den angegebenen Gründen gleichfalls nicht geltend machen.[4])

Wurden mehrere Sachen verkauft und nacheinander in verschiedenen Lieferungen versendet, so können, falls ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zur Zeit der Konkurseröffnung ein Teil der Waren noch unterwegs ist, diese Waren auch dann samt und sonders zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur noch für einen Teil dieser Waren geschuldet wird. Die auszusondernden Waren sind dann „noch nicht vollständig bezahlt". Sind die einzelnen Lieferungen auf Grund besonderer Verträge erfolgt, so ist die Frage, ob die auszusondernde Ware bezahlt ist, für jede Lieferung besonders zu beurteilen.[5])

Dem Einkaufskommissionär gegenüber kann die abgesandte Ware erst dann als

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 462; v. Wilmowski S. 182 Nr. 4 a. E.; Willenbücher S. 75 Nr. 2d.; Ldg. Dresden 15. Nov. 1882, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 484.

[2]) Vgl. Oetker S. 19; v. Völderndorff Bd. I. S. 461.

[3]) A. M. ist v. Völderndorff a. a. O. Anm. 33, welcher annimmt, nur durch förmliche Zahlung werde das Aussonderungsrecht ausgeschlossen.

[4]) Vgl. Oetker S. 19. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 461.

[5]) Vgl. Oetker S. 19, 20.

vollständig bezahlt gelten, wenn er nicht bloss für den Kaufpreis, sondern auch für seine Auslagen und Provision befriedigt worden ist.[1]) Hat der Gemeinschuldner gegenüber dem Dritten, von welchem der Einkaufskommissionär gekauft hat, die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises übernommen, so kann diese Übernahme nur dann als vollständige Bezahlung der Ware gelten, wenn der Einkaufskommissionär hiedurch dem Verkäufer gegenüber von jeder Verbindlichkeit befreit worden ist und zugleich für seine Nebenforderung Befriedigung erhalten hat.[2]) Hat der Verkäufer den Auftraggeber (Gemeinschuldner) an Stelle des Einkaufskommissionärs als Schuldner angenommen und diesen letztern aus seiner Haftung entlassen, so steht diesem, der dann überhaupt nicht mehr als Einkaufskommissionär in Betracht kommt, jedenfalls eine Forderung gegen den Gemeinschuldner nicht hat, ein Aussonderungsrecht nicht zu. Dagegen kann der Verkäufer selbst ein solches geltend machen, sofern die unterwegs befindliche Ware noch nicht bezahlt ist.[3])

4. Voraussetzung der noch nicht erfolgten Ablieferung.

Das Rückforderungsrecht kann nur ausgeübt werden, sofern die unbezahlten Waren zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens noch unterwegs, d. h. entweder noch nicht an dem vertragsmässigen Bestimmungsort (Ablieferungsort) angekommen oder doch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt sind.[4]) Nur der am Bestimmungsorte von diesem erlangte Gewahrsam hebt den transitus auf und schliesst deshalb das Rückforderungsrecht aus. Hat der Gemeinschuldner oder ein Vertreter desselben angeordnet, dass die Waren an einem andern Orte als dem Bestimmungsorte einstweilen auf Lager genommen werden und erst später weiterbefördert werden sollen, so ist das Aussonderungsrecht nicht verloren, denn die Waren sind noch nicht am Ablieferungsorte angekommen. Nur wenn die Ware nicht an den ursprünglich festgesetzten Ablieferungsort verbracht werden, sondern an einem andern Orte verbleiben soll, wird das Rückforderungsrecht dadurch beseitigt, dass die Ware dort in den Gewahrsam des Käufers oder einer andern Person für ihn gelangt ist.[5]) Welcher Ort als Ablieferungsort anzusehen ist, muss im einzelnen Falle nach den thatsächlichen Verhältnissen beurteilt werden.[6]) Derselbe kann im Vertrage ausdrücklich bestimmt sein, sich aber auch nur mittelbar aus den Bestimmungen desselben z. B. daraus ergeben, dass die Ware von einem Vertreter des Käufers an einem bestimmten Platze in Empfang zu nehmen ist. Die Bestimmung des Ablieferungsortes kann auch einer spätern Vereinbarung vorbehalten werden. Ist dies geschehen und ist die vorbehaltene Bestimmung zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfolgt, so muss als Ablieferungsort ebenso wie in den Fällen, in welchen es an jeder Übereinkunft bezüglich desselben fehlt, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bestimmende Erfüllungsort gelten. Wird während des Transportes die Bestimmung über den Ablieferungsort geändert und die Strecke, auf welcher die Ware befördert werden soll, abgekürzt, so gilt derjenige Ort als Ablieferungsort, an welchem die Ware verbleiben bezw. dem Käufer oder einem Vertreter desselben übergeben werden soll. Das Rückforderungsrecht ist dann von dem Augenblicke an ausgeschlossen, in welchem die Ware an diesem Orte in den Gewahrsam des Gemeinschuldners

1) Vgl. Oetker S. 20; v. Völderndorff Bd. I. S. 462, 463.

2) Vgl. Oetker und v. Völderndorff a. a. O.

3) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 463 Anm. 41.

4) R.-O.-H.-G. 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 24 S. 345.

5) Vgl. Oetker S. 13; v. Völderndorff Bd. I. S. 466; ferner: Pariser Kassationshof 29. Nov. 1875; Sirey, Receuil J. 1878 S. 18, Goldschmidts Zeitschr. Bd. 24 S. 583; R.-O.-H.-G. 19. Jan. 1877, Entsch. Bd. 22 S. 68; R.-G. (I.) 30. Mai 1885, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 246, Urt. u. Anm. Bd. II. S. 402; O.-L.-G. Hamburg 30. Jan. 1885, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. VI. S. 57.

6) Vgl. R.-G. (I.) 30. Mai 1885 a. a. O.

oder einer andern denselben vertretenden Person gelangt ist.[1]) War die Ablieferung zur Zeit der Konkurseröffnung bereits erfolgt, so ist die Anwendung des § auch dann ausgeschlossen, wenn dieselbe zur Zeit der Zahlungseinstellung noch nicht bewirkt war. Dagegen ist das Rückforderungsrecht, wenn dies nicht der Fall war, endgültig erworben und kann dadurch, dass sich der Konkursverwalter nachträglich in den Besitz der Sachen setzt, nicht mehr beseitigt werden. (M. S. 166.) Ein von Frankenburger gestellter Antrag, statt „vor der Eröffnung des Verfahrens" zu setzen „am Tage vor der Stellung des Antrages auf Eröffnung des Verfahrens", den Regierungskommissär Hagens entschieden bekämpfte, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt. (K. S. 33.) Bezüglich der Frage, wann die Ablieferung als vollzogen gilt, hatte die preussische Konkursordnung (§ 26), um den im französischen Rechte (Art. 576 Fall.-Ges.) wegen der Bezeichnung „magasin" entstandenen Streitigkeiten aus dem Wege zu gehen,[2]) gesagt, die Waren dürften noch nicht abgeliefert sein „in das Warenlager oder in einen anderen Aufbewahrungsort des Gemeinschuldners oder eines Dritten, welcher den Auftrag hat, sie zur Verfügung des Schuldners zu halten". Dem schliesst sich die Konkursordnung an, in welcher nur dem juristisch-technischen Wort „Gewahrsam" der Vorzug vor der Ausdrucksweise der preussischen Konkursordnung gegeben wurde. Unter Gewahrsam ist die thatsächliche Innehabung zu verstehen.[3]) Hienach kommt es nicht darauf an, an welchem Orte und durch wen der Gemeinschuldner den Besitz ausübt, sondern ist nur der Umstand entscheidend, ob der Gemeinschuldner sich zur Zeit der Konkurseröffnung thatsächlich im Besitze der Waren befand. Die Übergabe an einen Verkaufskommissionär, Spediteur oder Pfandgläubiger des Gemeinschuldners schliesst ebenso wie diejenige an den Gemeinschuldner selbst die Rückforderung aus. (M. S. 167.) Die Sache befindet sich auch dann im Gewahrsam des Gemeinschuldners, wenn dieser den Besitz nicht für sich, sondern für einen andern ausübt. Ist dieser andere der Verkäufer selbst, so kommt § 35 zur Anwendung. Hat der Käufer von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht, die Ware in dem für ihn ausgeübten Besitze der Eisenbahnverwaltung zu belassen, indem er dieselbe nicht abholen lässt, so übt die Güterverwaltung den Gewahrsam für den Käufer aus.[4])

Die Frage, ob die Ware bereits in den Besitz des Gemeinschuldners gekommen war, ist übrigens nur dann von Bedeutung, wenn diese zur Zeit der Konkurseröffnung überhaupt schon am Orte der Ablieferung angekommen ist, denn wenn die Ware sich noch auf dem Transporte befindet, kommt § 36, wie schon der Wortlaut des Gesetzes („und") ergiebt, immer zur Anwendung. Gerade weil man in vielen Fällen sagen kann, derjenige, der den Transport leite (der Schiffer, Fuhrmann, die Eisenbahnverwaltung u. s. w.), übe von einem gewissen Zeitpunkte an den Gewahrsam nicht für den Verkäufer, sondern für den Käufer aus, und es beginne z. B. dessen Besitz in dem Augenblicke, in dem der Verkäufer den Ladeschein oder das Konnossement aus den Händen gegeben, wurde die Fassung der preussischen Konkursordnung geändert, bezw. ein Zusatz zu derselben gemacht. Die Rückforderung ist hienach auch dann nicht ausgeschlossen, wenn dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein auf Ordre lautendes Konnossement übergeben worden war. Dieses verleiht wohl die thatsächliche Verfügungsgewalt, kann aber die Ankunft am Bestimmungsorte und den hier fehlenden Gewahrsam nicht ersetzen. (M. S. 167.) Nur wenn die Ware an dem Orte, an dem sie sich zur Zeit des Vertragsabschlusses befindet, dem Käufer selbst oder einem zur Empfangnahme (nicht zur Übernahme des Transportes) besonders beauftragten Bevollmächtigten desselben übergeben und sodann in dessen Auftrage einem Spediteur oder

[1]) Vgl. R.-O.-H.-G. 19. Jan. 1877, Entsch. Bd. 22 S. 70.
[2]) Vgl. hierüber Boulay-Paty Nr. 700 ff.; Rénouard zu Art. 576 Bd. II. S. 383 ff.
[3]) R.-G. (I.) 12. März 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 86.
[4]) Vgl. O.-L.-G. Dresden 21. März 1883 und R.-G. (II.) 9. Nov. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 425 und Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 486.

der Eisenbahn u. s. w. ausgeliefert wird, kann § 36 keine Anwendung finden, weil dann ein Platzgeschäft vorliegt, bezw. sich das ursprünglich nicht als solches abgeschlossene Geschäft in ein solches verwandelt. [1])

III. Inhalt und Wirkung des Rückforderungsrechtes.

1. *Im allgemeinen.*

Während nach der im französischen Rechte geltenden Auffassung das Rückforderungsrecht eine Auflösung des Kaufvertrages in sich schliesst, geht die Konkursordnung, welche in dieser Beziehung mit dem englischen Rechte übereinstimmt, von dem Grundsatze aus, dass es nicht notwendig sei, eine Auflösung des Kaufgeschäftes eintreten zu lassen, vielmehr genüge, wenn die Erfüllung rückgängig gemacht und dem Verkäufer der aufgegebene Besitz wieder verschafft werde. Es wird auch hier an der schon öfter erwähnten Regel festgehalten, dass gültige Verträge durch die Konkurseröffnung nicht aufgehoben werden und nur ausnahmsweise dem Verkäufer, dem nach § 21 nur eine Konkursforderung zustehen würde, das Recht eingeräumt, die Sache selbst zurückzufordern. In den Motiven (S. 168) wurde in dieser Beziehung folgendes bemerkt: „Der Verkäufer soll — einem Vindikationsberechtigten gleich — stets befugt sein, seine Erfüllung ungeschehen zu machen, so als ob er nicht geliefert, Besitz und Eigentum nicht aufgegeben hätte. Im übrigen bleibt es, wenn dem Verkäufer nicht sonst ein gesetzliches oder vertragsmässiges Rücktrittsrecht zusteht, bei dem Kaufkontrakte und daher auch bei den Bestimmungen des § 15. Will demgemäss der Konkursverwalter auf der Erfüllung des Kontraktes bestehen, so muss diese vollständig und nach beiden Seiten erfolgen; das Rücktrittsrecht cessiert, ebenso wie ein Vindikationsrecht beseitigt werden würde. Will aber der Verwalter die Erfüllung des Vertrages nicht, so kann der Verkäufer unter Rücknahme der Ware seine kontraktliche Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung anmelden.“ In der Reichstagskommission wurde sodann von Regierungskommissär Hagens erklärt, dass die hier in Frage stehende Rückforderung eine solche im Sinne des englischen „right of stoppage in transitu“ sein solle [2]) und sich der Unterschied zwischen dieser und der französischen Auffassung, von welcher der Entwurf der Gemeinschuldordnung ausgegangen sei, namentlich darin zeige, dass ausser dem Rückforderungsrechte noch eine Entschädigsforderung wegen Nichterfüllung bestehe. Ausserdem wurde bemerkt, auch der Entwurf gehe davon aus, dass die Aufhebung des Eigentumsüberganges oder der Erfüllung ex tunc erfolge. Die Konkursordnung habe aber nur das Verhältnis des Verkäufers oder Absenders zur Masse zu regeln, während die Regelung des Verhältnisses zwischen den Absendern und dritten Personen Sache des bürgerlichen Rechtes sei. Die Vorschrift in Art. 649 H.-G.-B., die Bestimmungen über das Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs u. s. w. würden in keiner Weise berührt. (K. S. 33.)

2. *Wiedererlangung des Besitzes und Wahlrecht des Verwalters.*

Bei dem Rückforderungsrechte, welches § 36 dem Verkäufer und Einkaufskommissionär einräumt, handelt es sich unzweifelhaft in erster Linie darum, diesen Personen wieder den Besitz der Waren zu verschaffen, welche sie aus der Hand gegeben haben, und sie dadurch wieder in die Lage zu versetzen, in welcher sie sich vor der Absendung der Waren befanden. Durch diese Wiedererlangung des Besitzes sollen dieselben aber in den Stand gesetzt werden, die Herausgabe der Ware an den Konkursverwalter solange verweigern zu können, als nicht dieser erklärt, dass er an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag er-

[1]) Vgl. Oetker S. 12; v. Sarwey S. 250, 251 Nr. 4; Stieglitz S. 209 Nr. II. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 460.

[2]) Vgl. auch R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 80 ff. bes. S. 85.

füllen wolle und demgemäss auch die Erfüllung von dem andern Teile verlange. (§ 15.) Während ohne das in § 36 eingeräumte Rückforderungsrecht der Absender nach § 21 die in den Besitz des Verwalters gelangten Waren in der Masse belassen und sich mit der auf seine Forderung entfallenden Konkursdividende begnügen müsste, befindet er sich, wenn er die Ware zurückverlangt hat, in einer viel bessern Stellung und kann nur insoweit in die Lage kommen, als Konkursgläubiger aufzutreten, als es sich um Geltendmachung einer Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung handelt. Macht der Verwalter von seinem Rechte, die Erfüllung zu fordern, Gebrauch, so steht dem andern Teile wegen des Kaufpreises eine Masseforderung zu. (§ 52 Z. 2, Bem. 4 zu § 15 S. 62.) Verzichtet der Konkursverwalter dagegen auf die Erfüllung, so behält der Absender die Ware. Mit Rücksicht darauf kann er aber auch nicht den Kaufpreis, sondern nur allenfalls Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangen. Dass der Verwalter in allen Fällen, in welchen § 36 Anwendung findet, von den ihm nach § 15 zustehenden Wahlrecht Gebrauch machen darf, ergiebt sich schon daraus, dass in diesem Falle die Erfüllung rückgängig gemacht und, soweit es sich um den Besitz der Waren handelt, der Zustand wiederhergestellt wird, welcher vor deren Absendung bestand. Wie dieser Zustand dem Absender zugut kommt, so muss auch der Verwalter in der Lage sein, aus der Rückgängigmachung der Erfüllung die Folgerung zu ziehen, dass nun § 15 zur Anwendung zu kommen habe. Diese seine Befugnis wird durch § 36 Abs. 2 ausser Zweifel gestellt. Letztere Vorschrift kann deshalb nicht auf die Bedeutung beschränkt werden, dass § 15 dann Anwendung finden soll, wenn die Voraussetzungen desselben auch abgesehen von der Ausübung des Rückforderungsrechtes vorliegen würden, bei welcher Auffassung die Bestimmung auch vollständig überflüssig wäre. Vielmehr ist derselben der Sinn beizulegen, dass mit Rücksicht auf die Rückgängigmachung der Erfüllung der Verwalter von dem ihm durch § 15 eingeräumten Wahlrecht in allen Fällen Gebrauch machen kann. Derselbe hat hienach auch dann das Recht, die Erfüllung zu verlangen, wenn der Vertrag seitens des Absenders, obgleich die Ware zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt war, als erfüllt anzusehen ist. [1]) Dies kann recht gut der Fall sein, denn abgesehen davon, dass das Eigentum durch blossen Vertrag (nach rheinischem Rechte) auf den Gemeinschuldner übergegangen sein kann, steht die Übergabe von Dispositionspapieren — Ladeschein und Ordrekonnossement — der Übergabe der Güter selbst gleich. (Art. 416, 417, 649 H.-G.-B.) Ferner kann der Wohnort des Verkäufers Erfüllungsort und der Transportführer Stellvertreter des Käufers im Besitzerwerbe sein. Hienach wird das Rückforderungsrecht des Absenders, für welches auch in diesem Falle kein Bedürfnis besteht, unter allen Umständen dadurch ausgeschlossen, dass der Verwalter erklärt, er verlange die Erfüllung des Kaufvertrages. Geschieht dies nicht, so kann dagegen der Absender verlangen, dass ihm die Waren, wo sich dieselben auch befinden mögen, ausgehändigt bezw. zurückgegeben werden. Eine kostenfreie Zurücksendung der Waren hat derselbe nicht zu beanspruchen, muss vielmehr, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, die Kosten, welche durch die Ausübung des Rückforderungsrechtes entstehen, zunächst selbst tragen bezw. dem Verwalter, wenn dieser dieselben bestritten hat, ersetzen. Der Absender kann aber Ersatz der durch die Rücksendung entstandenen Kosten vom Gemeinschuldner beanspruchen, da diese Kosten durch die Nichterfüllung des Vertrages entstanden sind; demgemäss ist er befugt, die darauf bezügliche Entschädigungsforderung ebenso wie seine weitere Schadenersatzforderung im Konkursverfahren anzumelden. [2]) Um diese Anmeldung nicht auszuschliessen, wurde von Aufnahme einer besondern Vorschrift abgesehen, welche dem Absender in allgemeiner Weise

[1]) Vgl. Oetker S. 21; v. Sarwey S. 251 Nr. 6, S. 255 Nr. 10; Stieglitz S. 213; v. Völderndorff Bd. I. S. 467. A. M. v. Wilmowski S. 182 Nr. 6.

[2]) Vgl. Meisner S. 168 Nr. IIc.; Oetker S. 110, 114, 115; v. Sarwey S. 255; Stieglitz S. 213; v. Völderndorff Bd. I. S. 467, 468; Wengler S. 271; v. Wilmowski S. 184 oben.

die Übernahme der Kosten der Rücksendung auferlegt hätte. (M. S. 168.) Entscheidet sich der Verwalter für die Erfüllung, so fallen die Beförderungskosten, falls solche überhaupt noch entstehen, demjenigen Teile zur Last, dem ihre Übernahme nach dem Vertrage obliegt, regelmässig also der Konkursmasse. Sie bilden ebenso eine Masseschuld, wie der Kaufpreis selbst. (§ 52 Z. 2.) Sind durch das Anhalten der Ware oder durch deren einstweilige Unterbringung besondere Kosten entstanden, so muss dieselben der Absender tragen, in dessen Interesse diese Kosten aufgewendet werden mussten. Nur soweit diese Kosten dadurch veranlasst oder vergrössert worden sind, dass der Verwalter seine Erklärung über die Erfüllung ungebührlich verzögert hat, kann der Absender nach § 52 Z. 1 mittels einer Masseforderung Ersatz dieser Kosten verlangen. [1]) Wenn sich der Verwalter für Nichterfüllung entscheidet, darf der Absender nicht bloss die Ware zurücknehmen bezw. zurückfordern, sondern auch Entschädigung wegen Nichterfüllung des Vertrages verlangen und diese Forderung im Konkursverfahren anmelden. Sein Anspruch hierauf ergiebt sich daraus, dass der Kaufvertrag durch die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes nicht aufgehoben wird, sondern dem Gemeinschuldner gegenüber in Kraft bleibt, die Erfüllung aber infolge der Konkurseröffnung unterbleibt oder doch in einer Weise erfolgt, welche in § 21 als Nichterfüllung bezeichnet wird. § 21 kommt hier, soweit es sich um die Folgen dieser „Nichterfüllung" handelt, ebenso zur Anwendung, wie wenn die nach § 36 rückgängig gemachte Erfüllung gar nicht stattgefunden hätte. (Bem. I. 5 zu § 15 Abs. 3 S. 64 und Bem. II. 2 zu § 21 S. 81, 82.) [2]) Die Entschädigungsforderung begreift das ganze Interesse des Absenders wegen Nichterfüllung und umfasst insbesondere den Ersatz für entstandenen Schaden und entgangenen Gewinn. Zinsen können von dem Zeitpunkte an verlangt werden, in welchem der Gemeinschuldner hätte erfüllen sollen. Konnte auch die Rückforderung erst nach dem Eintritte dieses Zeitpunktes geltend gemacht werden, so erstreckt sich doch der Anspruch auf Zinsen auf den ganzen vorausgegangenen Zeitraum bis zum Erfüllungstage zurückgerechnet. [3]) Hat der Gemeinschuldner schon vor der Konkurseröffnung eine Teilzahlung auf den Kaufpreis geleistet, so ist diese natürlich bei der Frage, ob Entschädigung wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, zu berücksichtigen. Dagegen kann der Verwalter, wenn er sich für Nichterfüllung entscheidet, hier so wenig wie in den Fällen, in welchen der Gemeinschuldner ungeachtet noch nicht erfolgter Absendung der Ware eine Teilzahlung geleistet haben sollte, § 36 sonach nicht in Frage kommt, diese Teilzahlung bezw. den die Entschädigung übersteigenden Betrag derselben zurückverlangen. Da der Kaufvertrag durch die Aussonderung der Ware und die Erklärung des Verwalters, dass er den Vertrag nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen wolle, nicht aufgehoben wird, hat der Verkäufer ein Recht auf den Kaufpreis. Es kann nicht geltend gemacht werden, dass derselbe die gezahlte Summe ohne Rechtsgrund besitze. Thatsächlich mag der Käufer allerdings dadurch bereichert sein, dass er die Ware und die auf dieselbe geleistete Teilzahlung behalten darf. Aber dies ist von dem Verwalter bei Entscheidung der Frage zu erwägen, ob er den vom Gemeinschuldner schon teilweise erfüllten Vertrag vollständig erfüllen wolle oder nicht. Entscheidet er sich im letztern Sinne, so kann er, wenn dem andern Teile daraus ein Vorteil erwächst, deshalb doch nicht Zurückgabe des Geleisteten verlangen. [4]) Dass der Konkursverwalter, auch soweit es sich um die Ausübung des Aussonderungsrechtes handelt, als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden muss (Bem. II. 1 zu § 5 S. 33 und Vorbem. 1 zu §§ 35 ff. S. 170), ist bei den unter § 36 gehörigen Fällen besonders klar, weil zwischen dem hier in Frage stehenden Rückforde-

[1]) So v. Völderndorff Bd. I. S. 468. Vgl. dag. Meisner S. 168, 169.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 255; v. Völderndorff Bd. I. S. 467; v. Wilmowski S. 183; O.-L.-G. Darmstadt 9. Dez. 1885, Puchelt's Zeitschr. Bd. 17 S. 478 ff. A. M. Fitting S. 39 § 6 Anm. 8 u. S. 201 § 22 Anm. 10 a. E.

[3]) Vgl. Oetker S. 126.

[4]) Vgl. dag. Oetker S. 130.

rungsrechte und der in § 15 vorgesehenen Befugnis des Verwalters, den Vertrag an Stelle des Gemeinschuldners zu erfüllen, ein enger Zusammenhang besteht und das Rückforderungsrecht gerade die Rückgängigmachung der dem Gemeinschuldner gegenüber erfolgten Erfüllung zum Gegenstand hat. Dies wird denn auch von Oetker (S. 122 ff.) anerkannt. Die Rückgabe der Ware und der Rückgängigmachung der Erfüllung fallen aber zusammen. Bei allem, was der Verwalter erklärt und thut, insbesondere bei der für das Rückforderungsrecht entscheidenden Erklärung über die Erfüllung des Vertrages, handelt derselbe in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners. [1])

3. Rechtliche Natur.

Das Rückforderungsrecht des § 36 ist ein wirkliches Aussonderungsrecht, da infolge desselben Gegenstände, welche an sich einen Bestandteil der Konkursmasse bilden würden und deren Rückgabe der Absender (nach § 21) nicht verlangen könnte, aus der Masse ausgeschieden und dem Absender zurückgegeben werden müssen. Von der Aussonderung nach § 35 unterscheidet sich aber das in § 36 geregelte Aussonderungsrecht dadurch, dass hier nicht „ein dem Gemeinschuldner nicht gehöriger Gegenstand" vorausgesetzt wird, das Rückforderungsrecht vielmehr gerade dann praktische Anwendung findet, wenn die zurückzufordernde Ware in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen war. Der dem Absender zustehende Anspruch ist nicht dinglicher Natur, denn es gehört zur Begründung desselben weder der Nachweis eines Eigentumsrechtes noch eines andern dinglichen Rechtes. Vielmehr ist dieser Anspruch, wie auch die Fassung des Gesetzes („zurückfordern") zu erkennen giebt, als ein Forderungsrecht anzusehen, dessen Gegenstand die Rückübertragung des Besitzes an den auszusondernden Gegenständen bildet. Dadurch, dass dem Absender wieder der Besitz an den Waren eingeräumt, die von ihm vorgenommene oder doch begonnene Erfüllung sonach wieder rückgängig gemacht wird, ist der Zweck des Rückforderungsrechtes im wesentlichen erreicht, da nun der Absender dagegen geschützt ist, dass er einen Teil des Kaufpreises verliert. Wenn der Gemeinschuldner das Eigentum an den Waren erlangt hatte, kann aber der Absender, der wieder in die frühere Lage versetzt werden und die freie Verfügung über die Ware erhalten soll, verlangen, dass ihm auch das Eigentum an den Waren wieder zufällt, d. h. die Besitzübertragung in der Weise erfolgt, dass das Eigentum auf ihn übergeht.

Nicht gerechtfertigt ist die Annahme, in den Fällen, in welchen § 36 zur Anwendung kommt, werde die Aussonderung auf Grund des dem Verkäufer kraft gesetzlicher Fiktion zustehenden Eigentumsrechtes an den Waren geltend gemacht, das nicht die Wirkung, sondern der Grund des Rückforderungsrechtes sei; es erfolge sonach die Aussonderung auf Grund eines dinglichen Rechtes und werde mit einer dinglichen Klage verfolgt. Zu einer derartigen Annahme berechtigt zunächst nicht der Wortlaut des § 36, der nur von einem Rückforderungsrecht spricht und ebensowenig wie § 35 voraussetzt, dass der Aussonderungsberechtigte Eigentümer des auszusondernden Gegenstandes sei. Ebensowenig ergiebt sich dieselbe aus dem Grund des Gesetzes, durch das dem Absender nur die Möglichkeit verschafft werden soll, sich durch Zurückhaltung der Ware diese selbst oder den Kaufpreis zu sichern. Gegen die Auffassung, dass die Aussonderung durch eine Eigentumsklage erzielt werde, spricht noch der Umstand, dass zu Fiktionen nicht ohne zwingende Gründe gegriffen werden darf und dass selbst bei dem Vorhandensein der Voraussetzungen des § 36 der Verwalter das Rückforderungsrecht stets dadurch beseitigen kann, dass er sich für die Erfüllung entscheidet. Von dieser Erklärung würde es hienach abhängen, wer Eigentümer der Waren ist. [2]) Auch die geschicht-

[1]) Vgl. dagegen Oetker S. 130.

[2]) Vgl. Hullmann S. 166; Meisner S. 165; Oetker S. 51 ff. und S. 98 ff.; Wengler S. 271; Fitting S. 201 § 22 Anm. 10; v. Wilmowski S. 183; R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 84. A. M. v. Sarwey S. 251, 252; Stieglitz S. 212, 213.

liche Entwickelung des Verfolgungsrechtes spricht gegen die Annahme, dass die Geltendmachung des Rückforderungsrechtes als eine dingliche Klage (Eigentumsklage) aufzufassen sei oder doch die Wirkung habe, das Eigentumsrecht des Gemeinschuldners ohne weiteres und mit Wirkung für die Vergangenheit zu beseitigen. In Deutschland ging die herrschende Meinung bezüglich des Verfolgungsrechtes vor Einführung der Konkursordnung dahin, dass es sich dabei um eine persönliche Klage handle, welche am meisten Ähnlichkeit mit der in integrum restitutio oder der condictio causa data causa non secuta habe. Dieselbe Auffassung scheint im englischen Rechte die Herrschaft erlangt zu haben.[1]) Es ist deshalb umsoweniger anzunehmen, dass dem Absender durch § 36 eine Eigentumsklage eingeräumt werden sollte, als der Wortlaut des Gesetzes entschieden gegen diese Annahme spricht und auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nirgends die Auffassung hervorgetreten ist, dass dem Absender das Recht der Vindikation zustehe. Nimmt man aber an, der Absender sei nicht als Eigentümer anzusehen und könne deshalb nicht als solcher die Aussonderung fordern, so entsteht die weitere Frage, ob demselben lediglich das Recht zustehe, die Rückübertragung des Eigentums vom Konkursverwalter zu verlangen, oder ob durch die gerichtliche Anerkennung des Rückforderungsrechtes bezw. des Rechtes auf Aussonderung die stattgehabte Eigentumsübertragung ohne weiteres rückgängig gemacht (rescindiert) wird, und infolge dieser Aufhebung des Eigentumsüberganges die Sache, wenigstens soweit es sich um das Verhältnis zwischen den vertragschliessenden Teilen handelt, ebenso liegt, als ob der Gemeinschuldner niemals Eigentümer gewesen sei. Der Wortlaut des Gesetzes, für sich allein betrachtet, spricht mehr für die erste Auffassung, denn in dem Gesetze ist nicht ausdrücklich gesagt, dass das Eigentumsrecht des Gemeinschuldners rückwärts (ex tunc) aufgehoben werden solle; dennoch wird der weitergehenden Auffassung der Vorzug zu geben sein. Durch § 36 sollte offenbar das „Verfolgungsrecht" des Verkäufers (right of stoppage in transitu), wie es sich geschichtlich entwickelt hatte, aufrechterhalten und auf ganz Deutschland ausgedehnt werden. Diesem Rechte hat man aber, soweit nicht angenommen wurde, es handle sich bei demselben um eine Eigentumsklage, überall eine „rescissorische" Bedeutung beigelegt, oder man hat angenommen, es handle sich bei demselben um eine Art der in integrum restitutio.[2]) Dazu kommt, dass nach der preussischen Konkursordnung (§§ 26, 27), welche ebenfalls nur von einem Rückforderungsrechte sprach und unzweifelhaft der Vorschrift des § 36 als Vorbild diente, die erfolgreiche Rückforderung die Aufhebung bezw. Rückgängigmachung des Eigentumsüberganges auf den Gemeinschuldner zur Folge hatte, wie sich insbesondere daraus ergiebt, dass man es für notwendig hielt, das Recht der Rückforderung (in § 27 Z. 3) für die Fälle auszuschliessen, in welchen die Waren vor der Konkurseröffnung von einem Dritten auf Grund des Konnossements in gutem Glauben gekauft worden sind.[3]) Ferner ist zu berücksichtigen, dass bei den Gesetzgebungsverhandlungen allseitige Übereinstimmung darüber bestand, dass durch das Rückforderungsrecht eine rückwärts wirkende Aufhebung des Eigentumsüberganges herbeigeführt werden solle. (Bem. III. 1.)[4]) Für das Verhältnis zwischen dem Absender und dem Konkursverwalter kommt wenig

[1]) Vgl. Goldschmidt in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. VIII. S. 302—308; ders. im Handelsrecht Bd. I. 2 S. 859, 862, 869, 870; Voigt im Neuen Archiv für Handelsr. Bd. III. S. 271 ff., R.-O.-H.-G. 6. Febr. 1874, Entsch. Bd. 12 S. 394 ff. bes. S. 395.

[2]) Vgl. die in Anm. 1 angeführten Schriftsteller, ferner die Urteile des R.-O.-H.-G. vom 7. Juni 1872, 6. Febr. 1874 und 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 6 S. 298 ff. bes. S. 310, Bd. 12 S. 394 ff., Bd. 24 S. 345 ff. bes. S. 351.

[3]) Vgl. hiezu Goltdammer, preussische Konkursordnung S. 119—121; Wentzel und Klose pr. Konkursordnung S. 118, 119.

[4]) So auch: Fitting, v. Wilmowski, Wengler a. a. O.; v. Völderndorff Bd. I. S. 467; ferner R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 84. A. M. Meisner S. 165, Oetker S. 51 ff. und 98 ff. und wohl auch Hullmann S. 166 ff.

darauf an, ob ersterer nur die Rückübertragung des Eigentums verlangen kann, oder ob dieses ex tunc aufgehoben wird. Vielmehr ist die Frage hauptsächlich von Bedeutung für das Verhältnis zu Dritten, welche ihr die Ware selbst oder ein Pfandrecht u. s. w. vom Gemeinschuldner erworben haben. Aber auch in dieser Richtung wird die praktische Bedeutung der Frage dadurch abgeschwächt, dass der gute Glaube des Erwerbers im geltenden Rechte geschützt ist.

4. *Rückforderung ungeachtet einer Weiterveräusserung.*

Dass in der Konkursordnung über die Stellung von Dritten, welche in den Besitz der zurückzufordernden Sachen gelangt sind oder andere Rechte an denselben erlangt haben, nichts gesagt worden ist, wurde in den Motiven (S. 169 ff.) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde darauf verwiesen, der Vorschrift des § 27 der preussischen Konkursordnung sei die damals hergebrachte kaufmännische Auffassung zu Grund gelegen, „dass die Ausantwortung eines indossierten Konnossements oder Frachtbriefes an den Erwerber die Stelle einer wirklichen Übergabe des Guts einnehme“, während jetzt durch das deutsche H.-G.-B. (Art. 302, 391, 413 ff. Art. 644 ff. und 649), nach welchem nur der Ladeschein und das Konnossement eine Verpflichtungsurkunde, der Frachtbrief nur eine Beweisurkunde sei, die Lage sich verändert habe. Weiter wurde bemerkt, da das Handelsgesetzbuch ausdrücklich nur die Übergabe eines an Ordre lautenden Konnossements an denjenigen, der durch dasselbe zur Empfangnahme der Güter legitimiert werde, mit der Übergabe der wirklich abgeladenen Güter für gleichbedeutend erkläre (Art. 649 ff. H.-G.-B.), es dagegen bezüglich der Ladescheine und der nicht an Ordre gestellten Konnossemente bei den Landesgesetzen belasse, sei es für die Konkursordnung noch misslicher, die Vorschrift einheitlich zu ergänzen. Durch eine von dem Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommene Veräusserung der Ware wird das Rückforderungsrecht an sich nicht berührt. Dasselbe kann vielmehr, solange sich die Ware noch im Besitze des Konkursverwalters befindet, ungeachtet der stattgehabten Veräusserung ebenso geltend gemacht werden, als ob diese nicht erfolgt wäre. Der Konkursverwalter kann durch diese Veräusserung und die im Falle der Nichterfüllung begründete Entschädigungsforderung des Käufers (§ 21) bestimmt werden, dem Absender gegenüber den Kaufvertrag zu erfüllen und dadurch dessen Rückforderungsrecht zu beseitigen. Thut er dies nicht, so muss er dem Absender die zurückgeforderte Ware herausgeben. (M. S. 169, 170.) Hat der Konkursverwalter die Ware veräussert, so ist das Rückforderungsrecht in der Regel deshalb ausgeschlossen, weil derselbe die Veräusserung nur dann vornehmen kann, wenn er den Vertrag an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen und die Erfüllung verlangen will (§ 15). Ist aber diese Annahme nicht begründet, hat z. B. der Verwalter die Veräusserung vorgenommen, weil er von dem Rückforderungsrechte keine Kenntnis hatte, oder will er ungeachtet der Veräusserung der Ware den Vertrag nicht erfüllen, was allerdings nicht leicht vorkommen wird, so kann er sich dem Rückforderungsrechte nicht dadurch entziehen, dass er sich auf die von ihm vorgenommene Veräusserung beruft. Er kann sich vielmehr nur dadurch der Aussonderung entschlagen, dass er den Vertrag auch seinerseits erfüllt und den Kaufpreis bezahlt. Befindet sich der Konkursverwalter nicht mehr im Besitze der Ware, so kann der Absender (nach § 38) Abtretung des Rechtes auf die Gegenleistung bezw. diese selbst verlangen. Ob er sich wegen der Ware an den Dritten halten kann, richtet sich im wesentlichen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes. Wird angenommen, dass durch die erfolgreiche Ausübung des Rückforderungsrechtes das Eigentum des Gemeinschuldners rückwärts (ex tunc) aufgehoben werde, so kann der Verkäufer als Eigentümer der Ware deren Herausgabe fordern. Aber auch nur in dieser Weise ist die Verpflichtung des Dritten zur Herausgabe zu begründen, da der Verkäufer zu dem Dritten in einem obligatorischen Verhältnisse nicht steht. Als Rückforderungsrecht im Sinne des § 36 lässt sich das dem Absender dem Dritten gegen-

über zustehende Recht in keinem Falle bezeichnen, da ein solches Aussonderungsrecht begrifflich nur mit Rücksicht auf die Konkursmasse und dem Verwalter gegenüber besteht. Nach den obigen Ausführungen kann der Absender nach erfolgter Aussonderung dem Dritten gegenüber auf Grund seines Eigentumsrechtes die Herausgabe der Waren verlangen, soweit überhaupt eine Vindikation von beweglichen Sachen stattfindet. Dieser Dritte darf ihm nicht entgegenhalten, dass er sein Recht von dem Gemeinschuldner ableite, der zur Zeit der Veräusserung Eigentümer der Waren gewesen sei, denn die Eigentumsübertragung ist eben rückgängig gemacht worden und hat deshalb ihre Wirkung verloren. Die Sache liegt in dieser Richtung, d. h. soweit es sich um die Eigentumsfrage handelt, ebenso, als ob der Kaufvertrag selbst aufgehoben oder für unwirksam erklärt worden wäre. [1]) Nur soweit der Dritte nach dem geltenden Rechte sich im Besitze erhalten kann, obgleich er von einem Nichteigentümer erworben hat, bezw. ihm ein solcher ein Pfandrecht einräumte, insbesondere also soweit Art. 306 H.-G.-B. Anwendung findet, kann der Verkäufer mit seinem Begehren nicht durchdringen. Eine wirksame Einrede gegenüber der Vindikation des Verkäufers wird regelmässig nur dem gutgläubigen Erwerber zustehen, der von dem Bestehen des Aussonderungsrechtes keine Kenntnis hatte. Dagegen wird der Erwerber, der wusste, dass dem Gemeinschuldner das Eigentumsrecht entzogen werden könne, sich der Verpflichtung zur Herausgabe der Waren nirgends zu entziehen vermögen. Nimmt man an, der Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner werde infolge der Aussonderung nicht (ex tunc) aufgehoben, sondern dem Verkäufer stehe nur ein Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums gegenüber dem Konkursverwalter zu, so ist überhaupt nicht einzusehen, wie der Dritte zur Herausgabe der Ware verpflichtet sein soll, denn der Verwalter kann dann das Eigentum an der gültig veräusserten Sache überhaupt nicht mehr auf den Verkäufer übertragen. Nicht dieser, sondern der Dritte ist Eigentümer. Ebenso bleiben die in wirksamer Weise bestellten Pfandrechte in Kraft. Von einem unredlichen Besitze des Dritten kann dann auch deshalb nicht die Rede sein, weil der Gemeinschuldner bezw. der Konkursverwalter bei der erwähnten Annahme zur wirksamen Veräusserung und Verpfändung befugt war, die obligatorische Verpflichtung zur Rückübertragung aber den guten Glauben des Erwerbers nicht ausschliesst. Ähnlich wie bei dem Pfandrecht liegt die Sache bezüglich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes. (Art. 313—315 H.-G.-B.) Dieses steht dem Rückforderungsrechte des Verkäufers insoweit entgegen, als mit demselben ein gesetzliches Pfandrecht verbunden und dieses Pfandrecht als wirksam anzusehen ist. Im übrigen steht das Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs dem Zurückforderungsrechte nicht im Wege, weil dasselbe voraussetzt, dass die Sache zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre, dessen Eigentum aber rescindiert worden ist. [2]) Sind die Waren, ehe sie in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangten, von einem Gläubiger des Käufers (Gemeinschuldners) gepfändet worden, so kann der Verkäufer auf Grund seines Rückforderungsrechtes gemäss § 690 C.-P.-O. gegen die Pfändung Widerspruch erheben, indem er geltend macht, dass nicht der Gemeinschuldner sondern er als Eigentümer anzusehen sei.

5. *Mittel zur Erhaltung des Rückforderungsrechtes.*

Eine Vorschrift, durch welche, wie es in Art. 577 des französischen Fallimentsgesetzes geschehen ist, dem Verkäufer ausdrücklich die Befugnis eingeräumt würde, die noch nicht abgesandten oder noch nicht ausgelieferten Waren zurückzuhalten, wurde mit

[1]) Vgl. Fitting S. 201 § 22 Anm. 10; v. Sarwey S. 255, 256; Stieglitz S. 214 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 468 ff. bes. S. 470; Wengler S. 272—274; v. Wilmowski S. 184; R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 85. A. M. sind: Hullmann S. 166 ff.; Oetker S. 51, 54 ff.; Perl a. a. O. S. 110, 111.

[2]) Vgl. Urt. des R.-O.-H.-G. vom 7. Juni 1872, 9. Mai 1873, 6. Febr. 1874, 7. Febr. 1879, Entsch. Bd. 6 S. 299 ff. bes. S. 308, Bd. 10 S. 71 ff., Bd. 12 S. 394 ff., Bd. 24 S. 345 ff. bes. S. 351—353.

Recht für überflüssig gehalten. Auch nach französischem Rechte (Art. 1612 und 1613 C. c.) kann der Verkäufer nur gegen Gewährung vollständiger Gegenleistung zur Erfüllung angehalten werden. Seine Befugnis, die Auslieferung der unterwegs befindlichen Waren zu hindern, ist aber durch das Verhältnis zum Frachtführer bedingt. Ebenso ist die Wahrung des Rückforderungsrechtes durch andere Massregeln, insbesondere durch Arrestanlage von besondern Umständen abhängig. (M. S. 170.)

§ 37.

Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, dass dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.

(E. § 37; M. S. 171 ff.; K. S. 35 ff. 149; pr. K.-O. §§ 88—92 und 94.)

1) Welche Gegenstände der Ehefrau des Gemeinschuldners gehören und deshalb dem Aussonderungsrechte unterworfen sind, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, insbesondere des ehelichen Güterrechtes, in das der Gesetzgeber nicht eingreifen wollte. Die Ehefrau ist hienach befugt, dasjenige, was sie ausserhalb des Konkurses nach dem bürgerlichen Rechte als ihr Eigentum beanspruchen kann, auch nach Eintritt des Konkursverfahrens über das Vermögen ihres Ehemannes in Anspruch zu nehmen. (M. S. 175.) Die Eigentumsrechte der Ehefrau werden durch das Konkursverfahren nicht erweitert. Dieselbe kann deshalb selbst die Herausgabe solcher Sachen, die sie in die Ehe eingebracht hat, nur in dem Falle verlangen, dass dieselben nicht (wie die venditionis causa abgeschätzten Dotalsachen) endgültig Eigentum des Ehemannes geworden sind. Dass das Vorzugsrecht der l. 5 und l. 30 C. de jure dot. 5. 12, nach welchem auch Dotalsachen dieser Art aus dem Konkurs des Mannes vindiziert werden können, durch die Konkursordnung beseitigt wird, wurde in den Motiven (S. 175) hervorgehoben, und es muss dies als richtig angesehen werden. Dagegen wurde nicht beabsichtigt, das der Ehefrau durch l. 29 und 30 C. cod. gewährte Recht zur Rückforderung der Dotalsachen überhaupt aufzuheben. Wenn auch während des ehelichen und Dotalverhältnisses nicht die Frau, sondern der Ehemann Eigentümer der Dotalsachen ist, so ist doch schon die Hingabe der dos für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Ehemannes auflösend bedingt. (M. S. 174.)

Die Entscheidung der Frage, ob im Gebiete des französischen Rechtes das (in Art. 546 C. de commerce und Art. 558 des Fall.-Ges. anerkannte) Recht der Vindikation eines mit geschenktem oder ererbtem Gelde der Frau angeschafften Grundstückes bestehen bleibt, hängt, wie in den Motiven (S. 176) hervorgehoben wurde, davon ab, ob die betr. Vorschriften eine Beschränkung oder eine Erweiterung der civilrechtlichen Subrogation enthalten. Da die erwähnten Vorschriften den in Art. 1435 Code civil gegebenen lediglich für den Fall des Konkurses weitere Beschränkungen des Rechtes der Ehefrau beifügten, können dieselben als besondere konkursrechtliche Vorschriften überhaupt nicht mehr zur Anwendung kommen. (Vorbem. 2) Vielmehr ist die Frage, ob die Ehefrau ein von ihrem Gelde gekauftes Grundstück vindizieren kann, lediglich nach Art. 1435 Code civil und § 37 der Konkursordnung zu beurteilen. Übrigens ist Art. 546 des Code de commerce durch die Ausführungsgesetze für Preussen (§ 55 Z. 2) und Bayern (Art. 235 Z. 8), Art. 558 des Fallimentsgesetzes von 1838 aber durch das Ausf.-Ges. für Elsass-Lothringen (§ 33) ausdrücklich aufgehoben.

Werden die Eigentumsansprüche der Frau durch den Konkurs nicht erweitert, so werden sie auf der andern Seite durch das Konkursverfahren auch nicht ausgeschlossen oder beschränkt. Die Eigentumsrechte, welche der Ehefrau nach dem bürgerlichen Rechte

zustehen und welche sie in der im Gesetze vorgeschriebenen Weise darthun kann, dürfen vielmehr im Konkursverfahren geltend gemacht werden und begründen einen Aussonderungsanspruch. Auch kommt es nicht darauf an, ob die betr. Sachen der Verwaltung und Nutzniessung des Mannes unterliegen. Dagegen kommt bezüglich des dem Gemeinschuldner zustehenden Niessbrauchs die Vorschrift des § 1 Abs. 2 zur Anwendung. (V. Bem. IV. zu diesem §.)

2) Die Beweislast, welche die Ehefrau trifft, ist durch die Vorschrift des § erweitert. Während bezüglich der Gegenstände, welche die Ehefrau vor Abschluss der Ehe erworben zu haben behauptet, die allgemeinen Grundsätze über die Beweislast gelten, genügt es nach § 37, soweit es sich um während der Ehe erworbene Gegenstände handelt, nicht, dass die Ehefrau den von ihr oder von einem Dritten für sie vorgenommenen Erwerb nachweist. Vielmehr muss sie auch beweisen, dass die in Anspruch genommenen Gegenstände „nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben worden sind“, was regelmässig voraussetzt, dass sie selbst oder ein Dritter die zum Erwerbe erforderlichen Mittel hergegeben hat oder dass der Erwerb unentgeltlich erfolgte. Die Ehefrau muss hienach die einzelnen Thatsachen darlegen und beweisen, aus welchen sich ergiebt, dass sie nicht mit Mitteln des Ehemannes sondern mit eigenen Mitteln oder denjenigen eines Dritten erworben habe. Die Art und Weise, in welcher dieselbe den ihr obliegenden Beweis zu führen hat, ist durch die C.-P.-O. (§§ 259 u. 320 ff.) geregelt. Durch eine Eideszuschiebung des Inhaltes, dass die Ehefrau bestimmte Gegenstände nicht „mit eigenen Mitteln“ erworben habe, kann der Beweis nach § 410 der C.-P.-O. nicht geführt werden, weil dadurch dem Schwurpflichtigen eine rechtliche Beurteilung zugemutet würde, während der Eid nur über bestimmte Thatsachen zugeschoben werden darf.[1]) Damit ein vollständiger Beweis geführt wird, müssen alle Rechtsgeschäfte vom ersten Erwerbe bis zum Erwerbe der in Frage stehenden Sache aufgedeckt werden. Nur dann steht fest, dass der Gemeinschuldner seiner Ehefrau nicht durch Vorschüsse den Erwerb der Vermögensstücke ermöglicht und dadurch mittelbar seinen Gläubigern Befriedigungsmittel entzogen hat. Rechtliche Vermutungen, welche die Beweislast beschränken oder verschieben, hat das Gesetz nicht aufgestellt. (M. S. 180.)

Wenn die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis nicht erbringt, so wirkt der Widerspruch des Konkursverwalters gegen die Aussonderung ähnlich wie eine erfolgreiche Anfechtung. Die Vorschrift des § 37 hat hienach nicht bloss prozessuale Bedeutung, sondern äussert auch sehr erhebliche Wirkungen hinsichtlich der materiellen Rechtsverhältnisse.[2]) Die Bestimmung über die Beweislast hat ihren Grund in der Erwägung, „dass thatsächlich und unvermerkt eine Vermischung des Vermögens von Mann und Frau eintritt, dass durch Hin- und Hergeben, durch Austausch und durch veränderte Anlage die Selbständigkeit des beiderseitigen Vermögens der äussern Erkennbarkeit entrückt wird“. Es sollen die Gläubiger gegen die Gefahren einer absichtlichen, fahrlässigen oder unvermeidlichen Täuschung, welche durch diese thatsächliche Ehegemeinschaft hervorgerufen werden kann, geschützt werden. (M. S. 177.) In der Reichstagskommission machte Goldschmidt geltend, die in Frage stehende Vermutung, die etwas wesentlich anderes sei als die gemeinrechtliche praesumtio Muciana, enthalte einen schweren Eingriff in die bestehenden Rechtsverhältnisse, und beantragte deshalb die Streichung des §; dieser Antrag wurde aber mit grosser Mehrheit abgelehnt. Bei der Verhandlung wurde von Hagens darauf hingewiesen, dass der dem § zu Grund liegende Gedanke deutscher Rechtsanschauung entspreche und man mit den Grundsätzen des römischen Rechtes, das die Ehefrau wie ausserhalb des Konkurses so auch im Konkurse den Gläubigern gegenüber bevorzuge, brechen müsse. Auch bemerkte derselbe, die Vermutung, welche der Besitz sonst für die Rechtmässigkeit des Erwerbes begründe, solle die Ehefrau der Konkursmasse des Mannes gegenüber nicht in

[1]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 5. Juni 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 102.
[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 186, 187.

Anspruch nehmen dürfen; es solle nicht genügen, dass ein Grundstück, eine hypothekarische Forderung auf den Namen der Ehefrau eingeschrieben sei, nach der Konkursordnung werde es vielmehr Pflicht der Eheleute sein, ihren Erwerb nachweisbar zu machen. (K. S. 35 u. 36.)

3) Sowohl aus den Worten: „welche sie während der Ehe erworben hat", deren Sinn ist, dass die Ehefrau für sich erworben haben muss, als aus dem Zwecke des § 37, durch welchen der blossen Berufung der Ehefrau auf ihren Besitzstand dem Verwalter gegenüber die Wirksamkeit entzogen wird, ergiebt sich, dass die beschränkende Vorschrift sich nur auf das Sondergut der Ehefrau, nicht auch auf die derselben bei der Teilung des Gemeinschaftsvermögens zufallenden Vermögensstücke bezieht.[1] Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kann der Erwerb für die Gemeinschaft immer nur aus gemeinschaftlichen Mitteln bestritten werden, erfolgt also wenigstens teilweise aus den Mitteln des Ehemannes.[2] Ebenso verhält es sich bei der Errungenschaftsgemeinschaft, soweit ein Gegenstand aus den Mitteln der Errungenschaftsgemeinschaft erworben wurde.

Für die Frage, ob die zu einem bestimmten Erwerbe verwendeten Mittel von dem Gemeinschuldner geliefert wurden, ist das bürgerliche Recht massgebend. Ebenso bleiben die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Gültigkeit eines bestimmten Erwerbes oder einer Subrogation in Kraft. Bezüglich der Vorschrift des Art. 1553 C. c., nach welchem die Bedingung der Anlegung der Dotalgelder im Ehevertrage enthalten sein muss, wurde in den Motiven (S. 180 Anm. 1) bemerkt, diese Vorschrift werde durch § 37 nicht berührt und es trete, wenn diese Klausel fehle, keine Subrogation ein. Dass der von der Ehefrau verlangte Beweis oft recht schwierig sein und das Zurückgehen auf eine grosse Reihe von Erwerbsgeschäften notwendig machen werde, verhehlte man sich bei Aufstellung des Entwurfes nicht, ging aber von der Erwartung aus, „eine verständige Beweiswürdigung durch den Richter werde über unverschuldete Schwierigkeiten hinweghelfen". (M. a. a. O.) Damit die Ehefrau den ihr obliegenden Beweis erbracht habe, ist übrigens nur erforderlich, dass die zum Erwerbe des beanspruchten Gegenstandes verwendeten Mittel im Augenblick des Erwerbes nicht mehr dem Ehemann gehörten bezw. nicht als dessen Eigentum anzusehen waren. Der Umstand, dass dieselben ursprünglich vom Gemeinschuldner herrühren, steht der Ehefrau nicht im Wege, wenn nur der Übergang auf die Ehefrau vor dem Erwerbe des streitigen Gegenstandes in wirksamer Weise z. B. durch eine gültige Schenkung stattfand. In dieser Beziehung bemerkten die Regierungsvertreter, um ein von dem Abg. Hullmann in der Reichstagskommission erhobenes Bedenken zu beseitigen, ohne Widerspruch zu erfahren: „Die gegen die Fassung des § angeregten Bedenken seien unbegründet. Auf Grund des § 37 könnten an sich gültige Rechtshandlungen zwischen Mann und Frau nicht hinfällig werden. Habe der Mann nach Civilrecht gültig und nach Konkursrecht unanfechtbar der Frau eine Sache geschenkt, so sei der Erwerb durch ein Rechtsgeschäft mit dem Manne, also von dem Manne, nicht mit den Mitteln desselben erfolgt. In dem andern Falle, wo der Ehemann der Frau gültigerweise ihr Heiratsgut oder einen Teil desselben in der Weise zurückgewähre, dass er unmittelbar einen Gegenstand für die Frau anschaffe und diese nach Civilrecht zur Eigentümerin mache, erfolge der Erwerb aus den Mitteln der Frau, nicht mit den Mitteln des Mannes." (K. S. 37 und 38.) Diese Ausführungen sind als zutreffend anzusehen. Hat die Ehefrau einen Gegenstand durch gültiges Rechtsgeschäft von dem Ehemanne erworben, so ist der Erwerb nicht mit den Mitteln des Ehemannes erfolgt, gleichviel, ob der Erwerb ein entgeltlicher oder ein unentgeltlicher ist. Dies gilt besonders in Ansehung des Versicherungsanspruches,

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 292 Nr. 5; Stieglitz S. 228 ff.

[2]) Bezüglich der Frage, ob bei allgemeiner Gütergemeinschaft der Konkurs über das Vermögen der Ehegatten gesondert oder gemeinsam zu eröffnen ist, sind die Bemerkungen zu § 94 zu vergleichen.

den die Ehefrau aus einem von dem Ehemanne zu ihren Gunsten abgeschlossenen Versicherungsvertrag erworben hat.[1]) Auch zum Ersatze der von dem Ehemanne bezahlten Prämien ist die Ehefrau in einem solchen Falle nicht gemäss § 37 verpflichtet, denn diese Prämien sind nicht Gegenstände, welche die Ehefrau erworben hat.[2]) In allen solchen Fällen wird übrigens, damit die Ehefrau ein Aussonderungsrecht geltend machen kann, vorausgesetzt, dass das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen die Ehefrau den auszusondernden Gegenstand oder die Mittel zum Erwerbe desselben erlangt hat, nicht der Anfechtung unterliegt. Aus einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte, das den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist und deshalb dem Verwalter nicht mit Erfolg entgegengehalten werden kann, lässt sich der Aussonderungsanspruch nicht ableiten.[3]) Mit einem allgemeinen Satze lässt sich die Frage, ob ein Gegenstand mit den Mitteln des Ehemannes erworben worden sei, kaum beantworten. Jedenfalls kann man nicht sagen, ein solcher Erwerb liege immer vor, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen einer Verringerung des Vermögens des Ehemannes und dem Erwerbe der Ehefrau bestehe.[4]) Hat z. B. der Gemeinschuldner eine Sache einem Dritten geschenkt und die Ehefrau des Gemeinschuldners dieselbe von dem Dritten erworben, dann aber gegen einen andern dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstand vertauscht, so hat sie diesen Gegenstand nicht mit den Mitteln des Ehemannes erworben, obgleich ihr Erwerb mit der Schenkung zusammenhängt, durch welche das Vermögen des Ehemannes vermindert worden ist. Auch der Satz, dass es darauf ankomme, ob der Ehemann um des Erwerbes seiner Ehefrau willen eine Verminderung seines Vermögens vorgenommen habe,[5]) reicht nicht für alle Fälle aus, weil dabei der Fall nicht berücksichtigt ist, in welchem der Erwerb der Ehefrau auf einer gültigen und unanfechtbaren Schenkung des Ehemannes beruht. Hat die Ehefrau schon vor der Konkurseröffnung die ihr vom Ehemanne gewährten Mittel zurückgegeben, so kann man nicht sagen, der mit diesen Mitteln angeschaffte Gegenstand sei mit den Mitteln des Ehemannes erworben. Ebenso ist das Aussonderungsrecht begründet, wenn der Ehemann verpflichtet war, der Ehefrau den auszusondernden Gegenstand z. B. standesgemässe Kleidung zu gewähren.[6])

4) In der Reichstagskommission wurde auch die Frage erörtert, „wie zu verfahren sei, wenn sich ergebe, dass der vindizierte Gegenstand zwar nicht ganz aber doch zum Teil mit den Mitteln des Mannes erworben worden sei“, und es wurden darüber verschiedene Ansichten geäussert. Während der Abg. Frankenburger annahm, „dass solchen Falles der Richter nach freiem Ermessen einen aliquoten Teil des Gegenstandes bezw. des Erlöses der Frau zuerkennen werde“, bemerkte Regierungsrat Hagens: „Soweit der Gegenstand teilbar sei, treffe das zu, was der Vorredner gesagt habe. Sei aber der Gegenstand unteilbar, so sei es Sache der Interpretation, ob ein Eigentumsanspruch der Frau deshalb ausgeschlossen sein solle, weil ein aliquoter Teil der zum Erwerbe des Gegenstandes aufgewandten Mittel vom Manne herrühre. Auch dieser Fall sei durch die etwas weite Fassung des § gedeckt.“ (K. S. 38.) Als unzweifelhaft richtig darf die Ansicht bezeichnet werden, dass in den Fällen, in denen es sich um einen teilbaren Gegenstand handelt, das Eigentum an demselben der Ehefrau insoweit zuzusprechen ist, als die Mittel zum

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 293 Nr. 8; Stieglitz S. 224 Nr. III. 1; v. Wilmowski S. 190; Willenbücher S. 77 Nr. 3; Mandry S. 286 § 28 Anm. 7; R.-G. (II.) 12. Juni 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 21, 22; O.-L.-G. Dresden 11. Dez. 1884, Annalen Bd. VII. S. 524 ff. bes. S. 531.

[2]) O.-L.-G. Dresden a. a. O. S. 534.

[3]) Mandry S. 287; v. Sarwey S. 284 ff.; Stieglitz S. 217, 225; Wengler S. 282.

[4]) So v. Sarwey S. 294 Nr. 8 Z. 1; Wengler S. 287 Nr. IV; Willenbücher S. 77 Nr. 3; Dernburg Bd. III. S. 87.

[5]) So Dernburg a. a. O.

[6]) Vgl. v. Wilmowski S. 190; Dernburg Bd. III. S. 87, 88.

Erwerbe nicht vom Ehemanne geliefert worden sind. Es liegt hier, wo der Gegenstand des Aussonderungsrechtes leicht in mehrere Teile zerlegt werden kann, die Sache ebenso, wie wenn die verschiedenen Teile zu verschiedenen Zeiten erworben worden wären, und es ist nicht abzusehen, warum die Frau, die teilweise aus eigenen Mitteln, teilweise aus denen des Mannes eine gewisse Menge Leinwand oder Kartoffeln u. s. w. angeschafft hat, schlechter stehen sollte, als wenn sie von vornherein einen Teil der Ware aus eigenen Mitteln und sodann den andern Teil aus Mitteln ihres Ehemannes erworben hätte.[1]) Dagegen wird der Ehefrau, wenn ein unteilbarer Gegenstand in Frage steht, das Eigentum nicht vollständig zugesprochen werden können, wenn die zum Erwerbe desselben verwandten Mittel auch nur zum kleinern Teile vom Manne geliefert wurden. Auch in diesem Falle hat die Ehefrau den nach § 37 erforderlichen Beweis nicht erbracht.[2]) Sofern nach dem geltenden bürgerlichen Rechte an der unteilbaren Sache ein Miteigentum zu ideellen Teilen möglich ist, wird ein solches anzunehmen sein, wenn feststeht, dass die Sache für die Ehefrau erworben werden sollte und ein Teil der verwendeten Mittel nicht vom Ehemanne herrührt.[3])

5) Bei Aufstellung des Entwurfes wurde die Frage erwogen, ob die Beschränkung, welche der Ehefrau im Konkurse des Ehemannes auferlegt wird, nicht auch allgemein oder unter Umständen gegen den Ehemann in Anwendung gebracht werden müsse, wenn der Konkurs über das Vermögen einer Ehefrau eröffnet sei. Es wurde jedoch davon Abstand genommen, „weil es thatsächlich immerhin eine Ausnahme bleiben dürfte, dass über das Vermögen einer gewerbtreibenden Ehefrau das Konkursverfahren eröffnet wird und es nicht geraten sein möchte, den allgemein rechtlichen, in das Volksbewusstsein übergegangenen Satz: „„praesumitur quod omnia sint mariti““ zu durchbrechen, ihn für diese Frage nicht bloss aufzugeben, sondern in sein Gegenteil umzukehren.“ (M. S. 185.)

§ 38.

Sind Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse hätte beansprucht werden können, vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter veräussert worden, so ist der Aussonderungsberechtigte befugt, die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung, soweit diese noch aussteht, zu verlangen. Er kann die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen, soweit sie nach der Eröffnung des Verfahrens zu derselben eingezogen worden ist.

(E. § 38; M. S. 185 ff.; K. S. 38; pr. K.-O. §§ 23, 25 Abs. 2, 28 u. 44.)

1) Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, zur Zeit, da dieser Anspruch geltend gemacht werden soll, nicht mehr in der Masse vorhanden, sondern in den Besitz eines Dritten gelangt, so bleiben dem Aussonderungsberechtigten alle

[1]) Vgl. auch v. Sarwey S. 296, 297; Stieglitz S. 226; v. Völderndorff Bd. I. S. 481; v. Wilmowski S. 190 Nr. 6; Willenbücher S. 77 Nr. 4.

[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 191 Nr. 6; Willenbücher a. a. O. A. M. v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; v. Völderndorff Bd. I. S. 482.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 481, 482; Stieglitz, v. Wilmowski und Willenbücher a. a. O. A. M. ist Dernburg Bd. III. S. 87 Anm. 7, welcher annimmt, dass die Sache demjenigen Gatten gehört, aus dessen Mitteln der grössere Teil des Aufwandes gedeckt worden ist.

Ansprüche, die er auf die Sache selbst erheben kann, vorbehalten. „Die Befugnisse, welche das bürgerliche Recht dem Berechtigten Dritten gegenüber gewährt, sollen weder eingeschränkt noch erweitert werden.“ (M. S. 185.) Aber derselbe ist nicht genötigt, sich an den Dritten zu halten, wenn die Sache vom Gemeinschuldner vor oder vom Konkursverwalter nach Eröffnung des Konkursverfahrens veräussert worden ist, sondern kann sich an die Gegenleistung für die Sache halten, sofern dieselbe noch aussteht oder zur Masse gezogen wurde. Hiebei wird vorausgesetzt, dass die Aussonderung des veräusserten Gegenstandes beansprucht werden könnte, wenn derselbe sich zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches aus § 38 gegenüber dem Verwalter noch in der Masse befände. Nur dieser Zeitpunkt, der ja auch bei Anwendung des § 35 massgebend ist (Bem. 1 zu § 35 S. 174), kann entscheiden.[1]) Und zwar kommt es auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung an, weil durch die aussergerichtliche Erhebung des Anspruches die Ersitzung nicht unterbrochen würde und der Anspruch auf die Gegenleistung an die Stelle des Aussonderungsanspruches tritt. War der Aussonderungsanspruch selbst zur Zeit der Klage aus § 38 infolge eingetretener Verjährung u. s. w. untergegangen, so fehlt es an einer rechtlichen Grundlage für den Anspruch auf die Gegenleistung.[2]) Der im § eingeräumte Anspruch steht jedem Aussonderungsberechtigten, also nicht bloss dem Eigentümer und publizianischen Besitzer sondern auch demjenigen zu, der auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses die Aussonderung der veräusserten Sache beanspruchen könnte. Wollte man den Nachweis des Eigentums als Voraussetzung der in § 38 vorgesehenen Befugnis ansehen, so würde der Zweck dieser Vorschrift dann nicht erreicht werden, wenn der Erwerber der Sache infolge der Veräusserung das Eigentum erlangt hat und der Aussonderungsberechtigte von diesem die Sache nicht verlangen kann. (Bem. 3.)[3])

Dass der Aussonderungsberechtigte sich dann an die Masse halten kann, wenn der Konkursverwalter eine fremde Sache veräusserte, sei es, dass er den Anspruch des Berechtigten nicht kannte, sei es, dass er denselben absichtlich verletzte, folgt aus der Natur der Sache, da, ganz abgesehen von der Vorschrift des §, eine Entschädigungsforderung als Masseforderung begründet wäre, weil die Masse ohne Rechtsgrund bereichert worden ist. Aus Billigkeitsgründen stellt aber das Gesetz die Veräusserung, die der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung vorgenommen hat und die den Aussonderungsberechtigten streng genommen nur dazu berechtigen würde, eine Entschädigungsforderung als Konkursgläubiger geltend zu machen, der Veräusserung durch den Konkursverwalter gleich. Auch hier hat der Aussonderungsberechtigte demnach einen Anspruch auf die Gegenleistung, sofern dieselbe nicht vom Gemeinschuldner bezogen wurde. Der Fall, dass der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung einen nicht zur Masse gehörigen Gegenstand veräussert hat, ist im Gesetze nicht vorgesehen, weil derselbe unter die Vorschrift des § 6 fällt. Sollte in einem solchen Falle aber der Verwalter die Nichtigkeit der Veräusserung nicht geltend gemacht und die Gegenleistung zur Masse gezogen haben, so würde der § 38 Anwendung finden müssen.

Ob der Gemeinschuldner zur Veräusserung z. B. kraft seiner eheherrlichen Rechte oder durch eine Einwilligung der Ehefrau befugt war, ist für die Anwendung des § 38 gleichgültig. Es kommt nach dem Gesetze, das eine rechtswidrige Veräusserung nicht voraussetzt, bei der Veräusserung durch den Gemeinschuldner wie bei derjenigen durch den Verwalter nur darauf an, ob die Aussonderung des veräusserten Gegenstandes verlangt werden könnte, wenn sich derselbe noch in der Masse befände. Der Umstand, dass der Gemeinschuldner zur Veräusserung befugt war, steht aber dem Aussonderungsbegehren nicht

[1]) Vgl. Hellwig im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 227, 228.
[2]) Vgl. Hellwig a. a. O.
[3]) Vgl. Stieglitz S. 244 Nr. V. A. M. Hellwig a. a. O. S. 235, 238.

im Wege.[1]) Auch darauf, ob die Veräusserung freiwillig oder im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte, kommt nichts an.[2]) Wurden bewegliche Sachen mit einem Grundstücke versteigert und ist der Zuschlag im ganzen erfolgt, so ist dem Aussonderungsberechtigten derjenige Teil des Steigpreises abzutreten bezw. zu vergüten, der nach dem Wertverhältnisse zwischen Grundstück und beweglichen Sachen auf die letztern trifft.[3])

2) Soweit die Gegenleistung noch aussteht, kann der Aussonderungsberechtigte, gleichviel ob die Veräusserung vom Gemeinschuldner oder Konkursverwalter vorgenommen wurde, das der Konkursmasse auf diese zustehende Recht für sich beanspruchen. In welcher Weise dieser Anspruch verwirklicht werden kann, insbesondere ob eine förmliche Übertragung erfordert wird, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[4]) Steht die Gegenleistung nicht mehr aus, so muss dieselbe, wenn sie vom Konkursverwalter zur Masse gezogen wurde, dem Aussonderungsberechtigten herausgegeben werden und die Verpflichtung hiezu ist als eine Masseschuld (§§ 52 ff.) anzusehen. War die Gegenleistung schon vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner oder einem Vertreter desselben erhoben worden, so dass sie bei Eröffnung des Verfahrens nicht mehr als ausstehend zu betrachten war, so bleibt dagegen dem Aussonderungsberechtigten, falls er sich nicht an den Erwerber halten kann, nur gegenüber dem Gemeinschuldner ein Entschädigungsanspruch, den er als Konkursgläubiger geltend machen kann.[5])

Der Anspruch auf die Gegenleistung hat seinen Grund in der ungerechtfertigten Bereicherung der Masse.[6]) Hat die Gegenleistung in Geld bestanden und ist die eingezogene Summe bei Geltendmachung des Aussonderungsrechtes schon verteilt, so muss der Verwalter andere Mittel zur Tilgung der Masseschuld verwenden, weil die Bereicherung immerhin besteht. Ist der Anspruch auf die Gegenleistung verspätet d. h. zu einer Zeit geltend gemacht worden, zu der die Masse schon erschöpft war, so hat es sich der Berechtigte selbst zuzuschreiben, wenn er nicht befriedigt wird. Bestand die Gegenleistung nicht in Geld, so kann ein Anspruch aus § 38 überhaupt nur geltend gemacht werden, solange die Gegenleistung selbst sich noch in der Masse befindet. Was an Stelle dieser Gegenleistung etwa wieder in die Masse gelangte, ist nicht die in § 38 erwähnte „Gegenleistung“, sondern kann nur einen Anspruch aus § 52 Z. 3 wegen Bereicherung der Masse rechtfertigen. Dieser Anspruch ist aber nicht derselbe wie der Anspruch aus § 38, der die Natur des Aussonderungsanspruches behält, obgleich an Stelle des auszusondernden Gegenstandes und als Ersatz für denselben die in der Masse vorhandene Gegenleistung beansprucht wird. Die Gegenleistung, welche nach § 38 verlangt werden kann, ist als nicht zur Masse gehörig vorweg zu erstatten. Der Anspruch auf dieselbe, welcher für die Herausgabe des Gegenstandes selbst Ersatz gewähren soll, geht auch den Masseansprüchen vor. Erst wenn die

[1]) Vgl. Dernburg Bd. II. S. 290 § 117 Anm. 12; Fitting S. 204 § 22 Anm. 13; Hellwig a. a. O. S. 224; Mandry S. 289 § 28 Anm. 11; Perl in Busch, Arch. Bd. 48 S. 120; v. Völderndorff Bd. I. S. 488; v. Wilmowski S. 192. A. M. Stieglitz S. 241 Nr. I. 1; Willenbücher S. 79 Nr. 1b.ee.

[2]) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 223 Anm. 4; v. Wilmowski S. 192, 193.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 21. Okt. 1882, Entsch. Bd. VIII. S. 204.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 300; Stieglitz S. 243 Nr. IV.; Willenbücher S. 80 Nr. 2a.; v. Wilmowski S. 193 Nr. 4. A. M. Fitting S. 204 § 22 Anm. 13; v. Völderndorff Bd. I. S. 488, 489.

[5]) Das preuss. Obertribunal entschied am 9. Jan. 1872 (Entsch. Bd. 66 Nr. 41 S. 299 ff.; Striethorst, Arch. Bd. 86 Nr. 7 S. 25 ff.), dass § 44 der pr. Konkursordnung, dessen Inhalt dem des § 38 entspricht, nicht zur Anwendung komme, wenn fremde, im Nachlasse vorgefundene Sachen vom Nachlassrichter, der an Stelle des Gemeinschuldners handle, verkauft worden seien und dieser den Erlös nach erfolgter Konkurseröffnung über den Nachlass sodann an die Konkursmasse abgegeben habe. Vgl. noch: v. Sarwey S. 297; Stieglitz S. 243 Nr. III.; v. Wilmowski S. 192 Nr. 2.

[6]) Vgl. v. Sarwey S. 298; Stieglitz S. 243 Anm. b.; v. Völderndorff Bd. I. S. 190; Willenbücher S. 80 Nr. 2; v. Wilmowski S. 193 Nr. 5; Perl a. a. O. S. 123; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 103.

Ansprüche aus § 38 befriedigt sind, ist die reine Konkursmasse d. h. die Teilungsmasse gegeben, aus welcher zunächst die Massegläubiger dann die Konkursgläubiger zu befriedigen sind.[1])

Übrigens wird der Aussonderungsberechtigte durch die Vorschriften des § nicht gehindert, seine Entschädigungsansprüche geltend zu machen, wenn er durch die Abtretung bezw. Herausgabe der Gegenleistung nicht vollständig befriedigt worden ist. Derselbe soll zwar nach § 38 „nicht lediglich auf die meist schwierige und zeitraubende Ermittelung des Schadens angewiesen, er soll durch das unrechtmässige Verhalten des Verwalters nicht schlechter sondern besser gestellt werden." (M. S. 185, 186.) Aber seine Ansprüche auf Schadenersatz, die freilich nur dann begründet sein werden, wenn er sich nicht an den Dritten halten kann, bleiben ihm gewahrt. Ob derartige Ansprüche als einfache Konkursforderungen oder als Masseforderungen geltend gemacht werden können, hängt davon ab, ob ein Verschulden des Gemeinschuldners oder ein solches des Verwalters in Frage steht.

3) Unter Gegenständen sind nicht bloss körperliche Sachen, sondern auch Rechte und Forderungen zu verstehen. (Bem. 3 zu § 35 S. 175 u. Vorbem. 3 zu Titel V.) Insbesondere findet § 38 auch dann Anwendung, wenn Wechsel, Handelspapiere und andere Urkunden über Forderungen veräussert worden sind. Wenn der Verwalter eine Forderung veräussert hat, so bildet der Erlös die Gegenleistung. Hat derselbe eine fällige Forderung eingezogen, so muss die zum Zwecke der Tilgung bezahlte Summe als „Gegenleistung" im Sinne des § 38 angesehen werden. Eine wirkliche Veräusserung liegt zwar hier nicht vor. Auch wird der Schuldner durch die Zahlung an den Gemeinschuldner oder Verwalter in Wirklichkeit nicht befreit, da er an einen andern als den wirklichen Gläubiger bezahlt hat. Aber der Verwalter ist nach der dem Gesetze zu Grund liegenden Absicht, wie er verpflichtet gewesen wäre, die Forderung aus der Masse auszusondern und dem Aussonderungsberechtigten zu überlassen, so auch verpflichtet, den in die Masse gelangten Betrag, durch welchen diese in ungerechtfertigter Weise bereichert werden würde, herauszugeben.[2]) Auch kann dieser Anspruch für den Aussonderungsberechtigten von Wert sein, wenn der Schuldner zahlungsunfähig geworden ist oder nicht mehr zur Zahlung angehalten werden kann, z. B. weil er nach Übertragung der Forderung, aber vor Benachrichtigung von derselben an den Gemeinschuldner als den ursprünglichen Gläubiger oder statt an diesen an den Konkursverwalter gezahlt hat.

Ein besonderer Fall der Aussonderung ergiebt sich aus Art. 368 Abs. 2 des H.-G.-B. Nach dieser Vorschrift hat der Kommittent Anspruch auf Aussonderung des vom Konkursverwalter des Kommissionärs eingezogenen Betrages solcher Forderungen, welche der Kommissionär durch Verkauf des Kommissionsgutes erwarb, obwohl die eingezogene Forderung eine solche des Kommissionärs war. (Bem. 3 zu § 35 S. 176.) Standen Kommittent und Kommissionär in laufender Rechnung, so muss die von dem Kommissionär erworbene Forderung nach der erwähnten Vorschrift allerdings dem Kommissionär gutgeschrieben werden.[3]) Aber die Forderung verliert dadurch als Bestandteil der laufenden Rechnung ihre Selbständigkeit und kommt nur noch als Rechnungsposten in Betracht.[4]) In diesem Falle wird daher die Einziehung der Forderung durch den Kommissionär oder seinen Konkursverwalter einen Anspruch auf Ausscheidung des entsprechenden Betrages aus der

[1]) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 245 ff. bes. S. 248, 249.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 301 Nr. 6; Stieglitz S. 242; v. Völderndorff Bd. I. S. 489; v. Wilmowski S. 192 Nr. 2; Willenbücher S. 71 Nr. 1b; Hellwig a. a. O. S. 224, 251; Mandry S. 290 § 28 Anm. 12; R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. I. Nr. 952.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. I. Nr. 952; O.-L.-G. Dresden 16. Nov. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 103.

[4]) R.-G. (II.) 17. Nov. 1880, Entsch. Bd. III. S. 17.

Masse nicht gewähren, weil die Ausscheidung der Forderung selbst mit Rücksicht auf den Einfluss der laufenden Rechnung nicht verlangt werden konnte.[1])

Besondere Vorschriften bezüglich einzelner Rechtsgeschäfte, wie sie die preussische Konkursordnung in § 25 Abs. 2 zugunsten der Verkaufskommissionäre getroffen hatte, wurden nach den Motiven (S. 187) für überflüssig gehalten. Andererseits hielt man es aber auch nicht für gerechtfertigt, wie es in der preussischen Rechtsprechung (Striethorst, Arch. Bd. 74 Nr. 28 S. 158 ff.) hinsichtlich der §§ 23 und 28 der preuss. Konkursordnung geschehen war, die gesetzlichen Vorschriften einzuschränken und von denselben die Veräusserung fremder Wechsel auszunehmen.

Wurde fremdes Geld, d. h. solches, dessen Eigentum nicht auf den Gemeinschuldner übergegangen ist, dazu verwendet, um eine Forderung für den Gemeinschuldner zu begründen, so bildet diese Forderung die Gegenleistung und hat der Aussonderungsberechtigte einen Anspruch auf Übertragung derselben. Wurden dagegen mit dem fremden Gelde Schulden des Gemeinschuldners getilgt, so kann weder § 38 noch § 52 Z. 3 Anwendung finden. Der Gemeinschuldner ist zwar in diesem Falle bereichert, weil er sich mit fremden Mitteln von seinen Verbindlichkeiten befreit hat. Aber die Aktivmasse ist durch die Verwendung des Geldes nicht vergrössert worden. Es findet sich in derselben eine Gegenleistung nicht vor.[2])

Die Vorschrift des § 38 findet auf alle Fälle Anwendung, in welchen eine Aussonderung verlangt werden könnte, gleichviel ob der Anspruch auf § 35 oder auf die §§ 36 oder 37 zu stützen wäre. (M. S. 187.) Da in § 38 ein Unterschied zwischen den auf dinglichen Rechten und den auf obligatorischen Verhältnissen beruhenden Aussonderungsansprüchen nicht gemacht wird, ist es nicht gerechtfertigt, die Anwendung des § 38 auf die Fälle zu beschränken, in welchen der Aussonderungsberechtigte Eigentümer der auszusondernden Sache war.[3]) Wird der Anspruch auf die Gegenleistung von mehreren Personen (z. B. dem Eigentümer und dem Hinterleger) geltend gemacht, so liegt die Sache ebenso, wie wenn mehrere Personen die Sache selbst verlangen. Der Verwalter kann fordern, dass der Kläger ihm gegenüber sein Recht darthue und, soweit die Voraussetzungen des § 72 der C.-P.-O. vorliegen, von der hier vorgesehenen Befugnis Gebrauch mache.

Fünfter Titel.

Absonderung.

(§§ 39—45.)

Vorbemerkungen.

1) Die Absonderungsberechtigten (im gemeinen Prozesse Separatisten ex jure crediti genannt) entziehen der Konkursmasse ebenfalls den Wert gewisser Vermögensstücke und stehen den Aussonderungsberechtigten auch insofern nahe, als sie nicht notwendig persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners zu sein brauchen. Zwischen den Ansprüchen der Aussonderungsberechtigten (der „Separatisten ex jure dominii“ oder „Vindikanten“ des gemeinen Prozesses) und denen der „Absonderungsberechtigten“ besteht aber der begriffliche Unterschied, dass die erstern fremde, die letztern solche Sachen zum Gegenstande haben, welche dem Gemeinschuldner und daher an sich zur Konkursmasse gehören. (M. S. 188.)

[1]) A. M. R.-G. (I.) 24. Jan. 1885, Bolze Bd. I. Nr. 952.

[2]) Vgl. Hellwig a. a. O. S. 225, 226.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 299 Nr. 2 a. E.; Stieglitz S. 241 Nr. I. 1, S. 244 Nr. V.; v. Völderndorff Bd. I. S. 487 lit. b; Willenbücher S. 79 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 192 Nr. 1 a. E. A. M. Hellwig a. a. O. S. 235, 237, 238.

Daraus ergiebt sich, dass die Absonderungsrechte nicht von Amts wegen zu berücksichtigen sind. (Bem. 2 zu § 3 S. 25.),[1]) während der Verwalter grundsätzlich die nicht zur Masse gehörigen Gegenstände von Amts wegen auszuscheiden hat (Vorbem. 1 zu §§ 35 ff. S. 170) und nur bei § 36 wegen des ihm bezüglich der Erfüllung zustehenden Wahlrechtes in der Lage ist, das Aussonderungsrecht zu beseitigen, auch abwarten darf, ob der Absender das Rückforderungsrecht ausüben will. (Bem. III. 2 u. 3 zu § 36 S. 186 u. 188.) Weil die Sachen bezüglich deren ein Absonderungsrecht besteht, einen Bestandteil der Masse bilden, sind dieselben auch ebenso wie die übrigen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände zu versilbern. (§§ 107, 108, 110, 117.) Aus dem dargelegten Unterschiede folgt weiter, dass der absonderungsberechtigte Gläubiger nicht wie der Aussonderungsberechtigte der Masse die in Frage stehende Sache als solche entzieht, sondern nur aus dem Erlöse derselben seine Befriedigung sucht, den Überschuss des Erlöses aber dem Konkursverwalter zurückgeben muss. Das Absonderungsrecht darf nicht zu dem Zwecke ausgeübt werden, die Sache zu behalten. Vielmehr muss der Absonderungsberechtigte die Sache veräussern, damit festgestellt wird, ob sich nicht ein Überschuss ergiebt, welcher zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden ist. Das sogenannte Resolutionsrecht ist hienach von dem Absonderungsrechte grundsätzlich verschieden.[2]) Andererseits ist der Absonderungsberechtigte nicht ausschliesslich auf den Erlös aus der Sache angewiesen. (§§ 57 und 141.)

2) Während § 3 den Grundsatz aufstellt, dass ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung nur in den in der Konkursordnung zugelassenen Fällen geltend gemacht werden könne, und ausserdem die Vorschrift enthält, dass die abgesonderte Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren erfolgt, in den §§ 57 und 141 aber die Befugnis derjenigen Absonderungsberechtigten, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, geregelt wird, ihre Forderungen, soweit sie nicht abgesondert befriedigt werden, als Konkursforderungen geltend zu machen, wird in diesem Titel festgestellt, an welchen Vermögensstücken und für welche Ansprüche ein Absonderungsrecht stattfindet. Bei der Regelung dieser Frage war die Auffassung massgebend, dass nicht der Gegensatz zwischen persönlichen und dinglichen Rechten, sondern der zwischen allgemeinen und besondern Vorzugsrechten entscheidend sei. (M. S. 188, 189.)

Die Generalhypotheken als solche, d. h. soweit sie nicht bezüglich einzelner Sachen als Specialhypothek wirken, sollen nach der Konkursordnung den Konkursgläubigern gegenüber nur als Vorzugsrechte bei der Befriedigung aus der Konkursmasse in Betracht kommen· Sie gewähren ein Absonderungsrecht nicht, sondern haben eine Bedeutung im Konkursverfahren nur noch insoweit, als die Konkursordnung den Forderungen, an welche sie geknüpft sind, ein Vorzugsrecht einräumt. (§ 54.) Andererseits gewährt jedes Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer bestimmten zur Konkursmasse gehörigen Sache nach der Konkursordnung ein Recht auf abgesonderte Befriedigung, gleichviel ob das in Frage stehende Recht ein dingliches oder nur ein persönliches ist. Bei der Frage, für welche Fälle ein solches Vorzugs- und Absonderungsrecht anzuerkennen sei, waren zwei Gesichtspunkte massgebend. Zunächst muss die Absonderung des in Frage stehenden Gegenstandes von dem übrigen zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienenden Vermögen des Gemeinschuldners mit Rücksicht auf ein ausserhalb des Verfahrens liegendes und von demselben unabhängiges Rechtsverhältnis rechtlich begründet sein, d. h. das Recht auf abgesonderte Befriedigung muss seinen Grund in der Forderung haben, deren Schutz die Absonderung bezweckt. Dies ist dann der Fall, wenn infolge der Eingehung des den Anspruch begründenden Rechtsverhältnisses die Sache der Bestimmung, zur Befriedigung aller Konkursgläubiger zu dienen, entrückt und dem Zwecke der vorzugsweisen Befriedigung eines ein-

[1]) A. M. nur Meves (S. 59) bezüglich der unter § 39 gehörigen Fälle.

[2]) Bayer. oberstes Landesg. 29. Mai 1884, Sammlung Bd. X. S. 445.

zelnen Gläubigers gewidmet worden ist. Zweitens muss das Ausscheiden des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes aus dem zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Gläubiger dienenden Vermögen allgemein erkennbar sein, weil sonst spätere Gläubiger bei Beurteilung der Vermögenslage des Gemeinschuldners getäuscht werden müssten und eine Gefährdung des Kredites eintreten würde. (M. a. a. O.) Daraus, dass das Absonderungsrecht in der Forderung selbst seinen Grund haben muss, folgt, dass dasselbe auch an der Forderung haftet, und ein Dritter, welcher die Schuld des Gemeinschuldners getilgt hat, das Absonderungsrecht des befriedigten Gläubigers nur dann geltend machen kann, wenn dieser ihm seine Forderung abgetreten hat oder wenn dieselbe nach dem massgebenden bürgerlichen Rechte kraft Gesetzes auf ihn übergegangen ist. [1]) Andererseits wird die Sache für die Masse in dem Umfange frei, in welchem der Verwalter den absonderungsberechtigten Gläubiger mit Massemitteln befriedigte. Hat der vom Verwalter befriedigte Absonderungsberechtigte Nachmänner, welchen gleichfalls ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zusteht, so rücken dieselben hienach nicht an die Stelle des vom Verwalter befriedigten Vormannes ein, sondern können sich nur an denjenigen Teil des Erlöses aus dem Absonderungsgegenstand halten, welcher verbleibt, nachdem die aus der Masse zur Befriedigung der Vormänner verwendeten Beträge abgezogen worden sind. Die freiwillige Befriedigung eines Absonderungsberechtigten durch den Konkursverwalter äussert dieselbe Wirkung wie die Zuweisung des Erlöses, welche in einem Verteilungsverfahren stattgefunden hat. Der Nachmann hat nur auf denjenigen Teil des Erlöses einen Anspruch, welcher nach Befriedigung der Vormänner übrig geblieben ist. Von den Absonderungsberechtigten, deren Recht sich auf dieselbe Sache bezieht, hat jeder einzelne nur insoweit Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dieser Sache bezw. aus dem Erlöse, als ihm nicht das bessere Recht eines Vormannes entgegensteht. Diese Beschränkung wird aber nicht dadurch beseitigt, dass der Konkursverwalter den Vormann befriedigt. Die auf Abfindung des Vormannes verwendete Summe kann der Nachmann nicht nochmals für sich in Anspruch nehmen. Auch besteht ein Unterschied nicht zwischen den Fällen, in welchen der Verwalter den Vormann aus dem Erlöse der Sache befriedigt, und denjenigen, in welchen er die Befriedigung mit andern Mitteln bewirkt, um freie Verfügung über die Sache zu erhalten. [2]) Anders liegt die Sache, wenn ein Gläubiger auf sein Absonderungsrecht verzichtet. Ein solcher Verzicht kommt in erster Linie den Nachmännern, dann erst den Konkursgläubigern zugut, weil der Verwalter nicht in der Lage ist, das untergegangene Absonderungsrecht zum Nachteil der Nachmänner wieder ins Leben zu rufen. Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn das Absonderungsrecht, auf das verzichtet wurde, niemals bestanden hätte. Hat der Verwalter den zur abgesonderten Befriedigung bestimmten Gegenstand freigegeben, so scheidet derselbe aus der Masse aus und es kann der Verwalter nun nicht mehr verlangen, dass der etwaige Überschuss aus dem Erlöse zur Konkursmasse fliesse. In der Freigebung ist dagegen nicht ohne weiteres eine Anerkennung der dem Absonderungsanspruch zu Grund liegenden Forderung zu finden.

Die erwähnten Bedingungen wurden bei Abfassung der Konkursordnung für zutreffend erachtet:

a) bei den Realgläubigern, denen eine bestimmte Sache haftet, unter den in den §§ 14—17 E.-G. vorgesehenen Voraussetzungen (§§ 39—41);

b) bei den zu einer Erbschaft des Gemeinschuldners gehörigen Gegenständen, welche dem Befriedigungsrechte der Erbschaftsgläubiger zu einer Zeit unterlagen, als das Vermögen des schuldenden Erblassers noch nicht mit dem des erbenden Gemeinschuldners vereinigt war (§ 43);

1) Vgl. v. Wilmowski S. 199; Willenbücher S. 82 Nr. 4.

2) Vgl. v. Wilmowski S. 198; Willenbücher a. a. O.

c) bei dem Anteil des Gemeinschuldners an einem Gemeinschaftsvermögen hinsichtlich der Gemeinschaftsgenossen (§ 44);

d) in Ansehung derjenigen Gegenstände, welche vermöge ihrer rechtlichen Eigentümlichkeit nicht zu dem „allgemeinen" Vermögen gehören — Lehen, Stammgüter und Fideikommisse. (§ 45). Ausserdem haben neue Gesetze weitere Absonderungsrechte geschaffen. Es ist nämlich:

e) durch die Gew.-O. § 100 c. nach dem Reichsgesetze vom 18. Juli 1881 betr. die Abänderung der Gew.-O. (Innungsgesetz) und

f) durch das Krankenversicherungsgesetz vom 15. Juni 1883 § 73 Abs. 2 zugunsten der Gläubiger von Innungsunterstützungskassen und Krankenkassen am Vermögen dieser Kassen ein Absonderungsrecht begründet worden.

Daneben bleiben nach § 3 des E.-G. die auf frühern Reichsgesetzen z. B. dem H.-G.-B. beruhenden Absonderungsansprüche in Kraft. (Vgl. Bem. 3 zu § 44 S. 235.) Die in § 3 des Reichsgesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit anerkannte Geltung des Handelsgewohnheitsrechtes hat nicht die Bedeutung, dass durch ein solches Gewohnheitsrecht unabhängig von den Vorschriften der Konkursordnung Absonderungsrechte begründet werden könnten. Vielmehr greifen diese Vorschriften auch hier durch, da § 14 des erwähnten Gesetzes deren Anwendung vorbehaltlos vorschreibt und die Konkursordnung nicht als bürgerliches Recht im Sinne des § 3 anzusehen ist.[1])

3) Auf die Anfrage des Abg. Hullmann, „warum die Gläubiger nicht gegen solche Veräusserung ihrer Mobilien geschützt worden seien, die ohne Besitzübertragung und lediglich zu dem Zwecke stattfänden, um einem Gläubiger Sicherheit wegen Bezahlung seiner Forderung zu gewähren", und die Bemerkung, „dass die Vorschriften des E.-G. wegen des Faustpfandes dadurch umgangen werden könnten, dass der Gemeinschuldner die Verpfändung in die Form eines Verkaufes mit dem Vorbehalte des Rückkaufes kleide," erklärte Regierungsrat Hagens in der Reichstagskommission: „Soweit es sich um ein verdecktes Geschäft — Versatz unter der Form des Verkaufs — handle, würde der Verwalter dem angeblichen Käufer gegenüber dieselben Rechte geltend machen können wie der Gemeinschuldner. Im übrigen liessen die meisten Landesgesetze ein constitutum possessorium oder ein pactum reservati dominii bei Mobilien nur mit beschränkter Wirksamkeit zu; zudem seien Fälle der bezeichneten Art eine Seltenheit, so dass für die Konkursordnung der Anlass nicht dringend genug sei, um in das Civilrecht einzugreifen." (K. S. 38. 39.) Dass die Konkursordnung die Bezeichnung „Gegenstand" im weitern Sinne gebraucht und mit derselben die körperlichen „Sachen" und die sogenannten unkörperlichen Dinge, wie Forderungen und sonstige Vermögensrechte, umfasst, wurde in den Motiven (S. 190) unter Verweisung auf die Ausdrucksweise der C.-P.-O. (v. z. B. §§ 708 und 709 im Gegensatze zu den §§ 712 ff.) ausdrücklich hervorgehoben und bemerkt, dass dieser Sprachgebrauch auch in andern Materien festgehalten werde. Vgl. Bem. 3 zu § 35 S. 175 u. Bem. 3 zu § 38 S. 199.

Bezüglich der ausschliesslichen Anwendbarkeit der in der Konkursordnung enthaltenen Vorschriften über Absonderungsrechte auf alle nach dem Inkrafttreten derselben eröffneten Konkurse ist § 11 E.-G. zu vergleichen. Besondere Vorbehalte für die Landesgesetzgebung zur Bewilligung von Vorrechten für bisherige Absonderungsrechte enthalten die §§ 12 und 13 E.-G.

4) Der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung ist gegenüber dem Konkursverwalter geltend zu machen. Erkennt dieser den Anspruch nicht an, so kann der Gläubiger Klage erheben. Unter Umständen kann er seinen Anspruch auch mittels Einrede geltend machen. Partei ist auch in dem Prozesse über das Absonderungsrecht der Gemeinschuldner, als dessen Vertreter der Konkursverwalter anzusehen ist, nicht der Konkursverwalter selbst oder die Gläubigerschaft. (Bem. II. 2 zu § 3 und II. 1 zu § 5 S. 25 und 30 ff. bes. S. 33.)

[1]) R.-G. (I.) 3. Juni 1885, Reichsanz. 1885, Beil. S. 354 ff. bes. S. 356.

Wenn auch hier nicht wie bei den Prozessen über ein Aussonderungsrecht darüber gestritten wird, ob der in Frage stehende Gegenstand überhaupt einen Bestandteil der Konkursmasse bildet, so dreht sich doch der Streit darum, ob ein Massegegenstand zugunsten eines Dritten einer Belastung unterworfen ist und deshalb nur der nach Befriedigung des Absonderungsgläubigers sich ergebende Überschuss des Erlöses in die Verteilungsmasse fliesst. Die Klage ist deshalb gegen den Konkursverwalter zu richten, weil dieser als Vertreter des Gemeinschuldners dessen die Konkursmasse bildendes Vermögen zu verwalten und die Konkursgläubiger zu befriedigen bezw. die Liquidation durchzuführen hat.[1])

Wie ein Rechtsstreit über das Absonderungsrecht, so ist auch das Befriedigungsverfahren selbst nach § 3 Abs. 2 unbeschadet des dem Verwalter zustehenden Veräusserungsrechtes ausserhalb des Konkursverfahrens durchzuführen. (Bem. II. zu § 3 S. 24 ff.)

5) Wenn die Forderung des Absonderungsberechtigten eine betagte oder bedingte ist, so kommen die §§ 58 ff. zur Anwendung. Dabei wird jedoch vorausgesetzt, dass der Absonderungsberechtigte Gläubiger des Gemeinschuldners ist, d. h. dass dieser auch persönlich für die Forderung haftet. Ist dies nicht der Fall, hat z. B. der Gemeinschuldner eine ihm gehörige Sache zur Sicherung der dem Absonderungsberechtigten gegen einen Dritten zustehenden Forderung verpfändet, ohne sich persönlich hiefür verbindlich zu machen, so hat die Konkurseröffnung, soweit dies nicht durch landesrechtliche Vorschriften bestimmt ist, nicht die Wirkung, dass die betagte Forderung gegen den Dritten fällig wird.[2]) Der Gläubiger kann also auch nicht Befriedigung aus der verpfändeten Sache verlangen, obgleich dem Verwalter das Recht zusteht, dieselbe ebenso wie andere Massegegenstände zu veräussern. In diesen Fällen wird der Erlös zur Wahrung der dem Absonderungsberechtigten zustehenden Rechte auf denselben gerichtlich zu hinterlegen sein. (§§ 141 und 155.) Dem Absonderungsberechtigten kann aber allerdings, wenn sein Pfandrecht dadurch, dass er den Besitz der beweglichen Sache verloren hat, untergeht und das Konkursverfahren beendigt wird, ehe er seine Rechte auf den Erlös geltend zu machen vermochte, unter Umständen die Befriedigung entzogen werden.[3])

§ 39.

Zur abgesonderten Befriedigung dienen die Gegenstände, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, insoweit ein dingliches oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus denselben besteht.

Den Umfang der Immobiliarmasse, sowie den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche bestimmen die Reichsgesetze und Landesgesetze.

(E. § 39; M. S. 190 ff.; K. S 39; pr. K.-O. §§ 31, 46–71, 263, 266–271.)

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

In § 39 wird das Absonderungsrecht an unbeweglichen Sachen, in den §§ 40 und 41 dasjenige an beweglichen Gegenständen behandelt. Während die letztern §§ genau be-

[1]) Vgl. dag. noch: Conr. Otto, Wie ist nach Eröffnung des Konkursverfahrens der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung geltend zu machen? S. 22, 24; ferner L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogm. d. deutschen Konkursr. S. 157 bes. S. 162.

[2]) Stieglitz S. 390, 391; v. Völderndorff Bd. I. S. 660, 661; R.-G. (II.) 11. Febr. 1881, Entsch. Bd. III. S. 356.

[3]) Vgl. Stieglitz und v. Völderndorff a. a. O.

stimmen, welchen Personen ein Absonderungsrecht zusteht und auf welche Forderungen und Gegenstände sich dasselbe bezieht, wird in § 39 das Absonderungsrecht der Realgläubiger in Ansehung der Liegenschaften des Gemeinschuldners nur im Grundsatze anerkannt. Von einer einheitlichen Regelung des Gegenstandes, Umfanges und Ranges [1]) der Absonderungsrechte wurde mit Rücksicht auf die „zur Zeit unüberwindlichen Schwierigkeiten" abgesehen, so dass dieselbe der Reichs- und Landesgesetzgebung überlassen blieb. Auch die Formen, welche bezüglich der Verfolgung und Durchführung des Absonderungsrechtes einzuhalten sind (Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung), richten sich nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt auch dann nicht im Konkursverfahren und durch das Konkursgericht als solches, wenn das früher geltende Landesrecht derartige Vorschriften enthielt. In dieser Beziehung greift § 3 Abs. 2 durch. [2])

2. *Gegenstände, welche zum unbeweglichen Vermögen gehören.*

Das an dem Orte der belegenen Sache geltende Recht ist zunächst massgebend bezüglich der Frage, welche Gegenstände als unbewegliche Vermögensstücke zu betrachten sind. So gross auch in dieser Beziehung die Verschiedenheiten des bürgerlichen Rechtes sind (M. S. 192 ff.), musste doch, wie es auch in § 757 C.-P.-O. bezüglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen geschehen ist, auf eine einheitliche Regelung verzichtet werden. Nicht bezüglich aller Gegenstände, welche das Landesrecht im allgemeinen oder nach einzelnen Richtungen als „unbeweglich" behandelt, besteht übrigens das im § anerkannte Absonderungsrecht, sondern bloss bezüglich derjenigen, welche „in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören". Mit Rücksicht darauf gehören auch Gegenstände hierher, „welche, obschon beweglich, vom Gesetze betreffs Verpfändung und Zwangsverkauf den unbeweglichen Sachen gleichgestellt sind," wie z. B. nach hannöverschem, hamburger, lübecker Rechte Schiffe, nach sächsischem Rechte Schiffmühlen, die Zubehör von unbeweglichen Sachen, sowie Realrechte. [3]) Die Ausübung des Absonderungsrechtes im Konkurse soll, wie in den Motiven hervorgehoben wurde, gerade so wie die ausserhalb desselben bewirkt werden, und da die Ausübung der dinglichen Rechte ausserhalb des Konkurses durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung bewirkt wird, soll die Zulässigkeit der letztern massgebend sein. (M. S. 194.) Ist in dem bürgerlichen Rechte auf Bestimmungen des bisher geltenden Konkursrechtes derart verwiesen, dass dieselben als Bestandteil des bürgerlichen Rechtes oder als Vorschriften über die Zwangsvollstreckung an Liegenschaften anzusehen sind, so haben derartige Vorschriften nach § 4 E.-G. ihre Geltung behalten. [4]) Auch der Umfang der aus unbeweglichen Sachen zu bildenden Masse richtet sich nach dem Landesrechte. Nach diesem ist deshalb die Frage zu beantworten, ob und inwieweit Früchte, Pacht- und Mietzinsen [5]) sowie die Versicherungssumme [6]) zu dieser Masse gehören.

3. *Ansprüche, für welche ein Absonderungsrecht besteht.*

Das bürgerliche Recht, d. h. die Reichsgesetzgebung oder das am Orte der belegenen Sache geltende Landesrecht ist ferner massgebend bezüglich der Ansprüche, für welche die

[1]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 14. März 1887, Sammlung Bd. X. S. 607, 608; v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12 S. 374.

[2]) Vgl. Conr. Otto a. a. O. S. 13 ff.

[3]) Vgl. bez. der wichtigern Landesrechte: Meisner S. 175 ff.; v. Sarwey S. 309 ff.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 497 lit. c Nr. I.

[5]) Vgl. bez. des hamburg. Rechtes in Ansehung der Mietzinsen das Urt. des Hanseat. O.-L.-G. vom 24. Juni 1884, Hanseat. Gerichtsz. (Beibl.) Bd. V. S. 259.

[6]) Bezügl. der einzelnen Gesetzgebungen sind die Anm. 1—4 der Motive (S. 192) zu vergleichen. Für das französische Recht kommen in Betracht die Art. 520 und 2119 des Code civil und Art. 689 des C. de pr. civile.

abgesonderte Befriedigung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gesucht werden kann. Nach diesem örtlichen Rechte ist zu bestimmen, welche Ansprüche hierher gehören und welchen Umfang dieselben haben, insbesondere inwieweit die laufenden oder rückständigen Zinsen bei der Befriedigung zu berücksichtigen sind. Da die Konkursordnung sich weder mit den Vorzugsrechten an unbeweglichen Sachen noch mit deren Rangordnung befasst, kommen in Ermangelung von andern reichsgesetzlichen Vorschriften lediglich die landesgesetzlichen Bestimmungen (Hypothekengesetze, Gesetze über das Zwangsvollstreckungsverfahren und Ausführungsgesetze zur Konkursordnung) zur Anwendung, nach welchen auch allgemeine und stillschweigende, nicht eingetragene Hypotheken sowie blosse Vorzugsrechte, wie sie besonders das französische Recht kennt, ein Absonderungsrecht gewähren können. [1]) Ob nach dem Landesrechte das Recht auf vorzugsweise Befriedigung auf den Erlös aus einzelnen bestimmten Gegenständen beschränkt ist oder sich auf den Erlös aus allen unbeweglichen oder sogar auf denjenigen aus beweglichen und unbeweglichen Sachen erstreckt, ist einerlei. Auch im letztern Falle findet die abgesonderte Befriedigung aus „den Gegenständen statt, welche in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören". Dass ein dingliches Recht an den einzelnen Sachen besteht, wird aber nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt auch ein „sonstiges Recht" auf vorzugsweise Befriedigung. Die landesrechtlichen Vorschriften, welche allgemeine Vorzugsrechte an allen unbeweglichen oder an diesen und an den beweglichen Sachen gewähren, (sogen. „absolute Privilegien") sind hienach durch die Konkursordnung nicht beseitigt worden, soweit es sich um die abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Sachen handelt. [2])

§ 40.

Gläubiger, welche an einer beweglichen körperlichen Sache, an einer Forderung oder an einem anderen Vermögensrechte des Gemeinschuldners ein Faustpfandrecht haben, können aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer Pfandforderung verlangen, zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

(E. § 40; M. S. 195 ff.; K. S. 39; pr. K.-O. §§ 32, 263, 264.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Mit Rücksicht darauf, dass die einzelne bewegliche Sache nicht, wie das unbewegliche Gut, für Recht und Kredit ein besonderes Gebiet einnimmt, sondern dazu bestimmt ist, den Eigentümer zu wechseln, und dass der Personalkredit von dem Mobiliarkredit unlösbar ist, hielt man bei Aufstellung der Konkursordnung von vornherein an dem Gedanken fest, dass dieselbe das Pfandrecht an beweglichen Sachen nicht unberührt lassen dürfe, wenn auch die Regelung nur insoweit zu erfolgen habe, als es für den Konkurs notwendig sei. Es wurde dies in den Motiven (S. 195 ff.) ausführlich gerechtfertigt, insbesondere hervorgehoben, dass, so beweglich eine Sache, so veränderlich ihre Rechtssphäre sei, sonach, wenn der Gesetzgeber nicht eingreife, eine grosse Unsicherheit für alle Arten von

[1]) Vgl. Bem. 2 zu § 12 S. 54; v. Sarwey S. 321, 322 Anm. a—d und S. 325 ff.; v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12 S. 374 ff.

[2]) Fuchs S. 63; Mandry S. 330; Stieglitz S. 251 Nr. IV.; v. Völderndorff Bd. I. S. 494 Anm. 5; v. Wilmowski S. 196 Nr. 2, jur. Wochenschr. 1884 S. 309 ff. bes. S. 311. A. M. ist v. Sarwey S. 324 ff.

Gläubigern entstehen müsse. Damit ein Absonderungsrecht auf Grund des § 40 geltend gemacht werden kann, wird übrigens regelmässig vorausgesetzt, dass der betr. Gegenstand zur Konkursmasse gehört. Ist dies nicht der Fall, kann vielmehr der Eigentümer die Aussonderung des Gegenstandes verlangen, so hat der Faustpfandgläubiger seine Ansprüche diesem gegenüber geltend zu machen und nötigenfalls mit diesem gerichtlich auszutragen. Der Konkursverwalter hat sich nicht mit der Frage zu befassen, ob ein Gläubiger des Gemeinschuldners aus einem nicht zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand seine Befriedigung suchen darf. (V. Vorbem. 1 zu Titel IV. und Bem. II. 2 c. zu § 41.)

2) Das Pfändungspfandrecht begründet zwar auch ein Absonderungsrecht. Dasselbe ist aber nicht als ein Faustpfandrecht anzusehen, da nicht notwendig Besitz der gepfändeten Gegenstände für den pfändenden Gläubiger erworben wird. Vielmehr hat das in Frage stehende Absonderungsrecht lediglich in der Vorschrift des § 41 Z. 9 seinen Grund. (Bem. I. 3 und II. 7 zu § 41 S. 214 u. 227 ff.) In der Hinterlegung zum Zwecke der Abwendung einer Zwangsvollstreckung ist dagegen regelmässig die Einräumung eines Pfandrechtes zu finden. (§ 41 Bem. II. 7 S. 228.) Dieselbe Bedeutung muss ferner der Hinterlegung zuerkannt werden, welche auf Grund des § 101 der C.-P.-O. erfolgt [1]) oder gemäss § 750 dieses Gesetzbuches bewirkt wird, sofern nicht angenommen wird, durch die letztere Hinterlegung werde der hinterlegte Schuldbetrag dem Pfändungspfandrecht unterworfen. [2]) In allen diesen Fällen kann der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner hinterlegten Gegenstände nicht einfach zur Masse ziehen, sondern muss sich gefallen lassen, dass der Gläubiger, zu dessen Sicherstellung die Hinterlegung erfolgte, den hinterlegten Gegenstand zu seiner Befriedigung verwendet, wenn der Fall eintritt, für den durch die Hinterlegung gesorgt werden sollte. Dasselbe muss bezüglich der Hinterlegung gelten, welche gemäss § 118 der St.-P.-O. zum Zwecke der Abwendung der Untersuchungshaft bewirkt worden ist. Etwas anders liegt die Sache hinsichtlich der gemäss § 72 der C.-P.-O. „zugunsten der streitenden Gläubiger“ erfolgenden Hinterlegung. Hier erkennt der Hinterlegende an, dass er einem der streitenden Gläubiger die hinterlegte Summe schuldet, und will sich durch die Hinterlegung seiner Verbindlichkeit entledigen. Durch die auf Grund der Hinterlegung erfolgende Entlassung aus dem Prozesse wird er dann auch von seiner Verbindlichkeit befreit. [3]) Wenn der hinterlegte Betrag einem der streitenden Gläubiger zugesprochen wird, steht diesem sonach nicht bloss ein Absonderungsrecht, sondern das Recht der Aussonderung zu. [4]) Nimmt man ein solches nicht an, so muss auch in diesem Falle mindestens ein Absonderungsrecht zugesprochen werden. [5])

II. Erfordernis des Faustpfandrechtes.

1) Das Recht, auf Grund des § abgesonderte Befriedigung zu verlangen, steht nur solchen aber auch allen solchen Gläubigern zu, welche an einer zur Konkursmasse gehörigen Sache ein Faustpfandrecht haben. Nur wenn dem Gläubiger der Besitz an der verpfändeten Sache übertragen wurde, das Verhältnis zur Sache also jedermann insbesondere den übrigen Gläubigern erkennbar ist, kann jedoch ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung in einem Konkurse geltend gemacht werden. Der blossen Hypothek an beweglichen Sachen ist, gleichviel, ob dieselbe alle oder nur bestimmte Sachen trifft und ob sie auf Gesetz oder Vertrag oder auf einem Richterspruch beruht, die Wirkung entzogen, ein Absonderungsrecht zu begründen. (M. S. 197.) Durch § 12 E.-G. wird der Landesgesetzgebung die Befugnis

[1]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. § 101 Bem. 3.

[2]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. § 750 ff. Bem. 2 S. 1044; v. Sarwey S. 298, 299; Stieglitz S. 299; v. Wilmowski S. 214; v. Völderndorff Bd. I. S. 538.

[3]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. § 72 Bem. 3.

[4]) Vgl. v. Wilmowski S. 214 Nr. 14 a. E.; Willenbücher S. 91.

[5]) So v. Völderndorff Bd. I. S. 538.

eingeräumt, solchen Gläubigern, deren Pfand- und Vorzugsrechte ihre Wirksamkeit verlieren, ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der in § 54 bezeichneten Forderungen zu gewähren.

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Faustpfandrecht bestellt werden kann, wird in § 40 nicht berührt und auch in den §§ 14 und 15 des E.-G. nicht erschöpfend geregelt. Durch die letztern Vorschriften wird bloss bestimmt, dass ohne das Vorhandensein der dort aufgezählten Merkmale ein Absonderungrecht nicht zu Recht besteht. [1]) Ob ein Faustpfandrecht in gültiger Weise zustande gekommen ist, muss im übrigen nach dem geltenden bürgerlichen Rechte beurteilt werden, und zwar ist das Recht der belegenen Sache, nicht das am Wohnsitze des Schuldners oder am Orte der Entstehung des Pfandrechtes geltende Recht entscheidend. Massgebend ist derjenige Ort, an welchem sich die Sache zur Zeit der Pfandbestellung befand. Bei Forderungen ist als Ort der belegenen Sache der Wohnort des aus der Forderung Verpflichteten anzusehen, das an diesem Orte geltende Recht ist sonach bezüglich der Frage entscheidend, ob die Verpfändung gültig ist. [2])

Wurde die verpfändete Sache nach wirksamer Entstehung des Pfandrechtes an einen andern Ort verbracht oder hat der Schuldner der verpfändeten Forderung nachträglich seinen Wohnsitz an einen andern Ort verlegt, so wird dadurch der rechtliche Bestand des Faustpfandrechtes an sich nicht berührt. Das Absonderungsrecht geht aber verloren, wenn durch die Ortsveränderung der Gewahrsam des Pfandgläubigers an der verpfändeten Sache aufgehoben wird. [3]) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes sind hinsichtlich der Form des Vertrages, der Frage, ob die Verpfändung schriftlich geschehen muss u. s. w., unbedingt massgebend. [4]) Soweit es sich um das Erfordernis der Besitzübertragung handelt, wurde dagegen, mit Rücksicht auf die Auffassung des gemeinen Rechtes, nach welcher die Besitzübertragung auch durch constitutum possessorium erfolgen kann, im E.-G. (§§ 14 und 15) dafür gesorgt, dass nur ein „wirkliches Faustpfand" berücksichtigt werde, und demgemäss vorgeschrieben, dass der Gläubiger den thatsächlichen Besitz oder Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben muss. Die Vorschriften dieser §§, durch welche die landesgesetzlichen Bestimmungen insoweit ihre Kraft verlieren, als sie sich mit geringern Erfordernissen begnügen, [5]) sind in den Motiven zu § 40 (S. 198 ff.), wo insbesondere die Zulässigkeit der „symbolischen Verpfändung" erörtert wurde, ausführlich gerechtfertigt worden. Im einzelnen ist auf die Erläuterung des Einführungsgesetzes zu verweisen.

Bezüglich der in der Reichstagskommission von Goldschmidt gestellten Frage, weshalb die allgemeine Vorschrift, was im Sinne der Konkursordnung als Faustpfand anzusehen sei, im Einführungsgesetze und nicht in der Konkursordnung selbst gegeben werde, erklärte Regierungsrat Hagens: „Weder die Konkursordnung noch das Einführungsgesetz setze positiv die Erfordernisse des Pfandrechtes fest. Es werde ein nach Civilrecht gültiges Faustpfandrecht vorausgesetzt und nur ein Minimum von Erfordernissen aufgestellt, so dass, falls nicht wenigstens dieses vorliege, das Faustpfandrecht nicht als Absonderungsrecht zugelassen werden solle. Die Regulierung des Verhältnisses der Konkursordnung zu dem in Geltung bleibenden bürgerlichen Rechte gehöre ebenso in das E.-G. wie die Regelung des Verhältnisses zu den bestehenden Konkursordnungen." (K. S. 39.)

2) Dem Faustpfandrechte können nicht bloss bewegliche körperliche Sachen son-

[1]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 23. Febr. 1883, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 48 S. 169 ff. bes. S. 170.

[2]) Vgl. Fitting S. 171, 172 § 19 Anm. 8 und 9; Willenbücher S. 84 Nr. II. 2 b; v. Wilmowski S. 200.

[3]) Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 338; Stieglitz S. 275; Willenbücher S. 84 Nr. II. 2 a; v. Wilmowski S. 200.

[4]) Vgl. Savigny, System Bd. VIII. S. 175 ff. und 191 ff.; Windscheid, Pandekten Bd. I. § 35 S. 90, 91; ferner: Fitting § 19 Anm. 9 S. 172; v. Sarwey S. 338; Stieglitz S. 274; v. Wilmowski S. 200; R.-G. (III.) 20. Okt. 1882, Entsch. Bd. VIII. S. 110 ff. bes. S. 113.

[5]) R.-G. (I.) 20. Okt. 1886, Entsch. Bd. XIX. S. 26.

dern auch Forderungen oder andere Vermögensrechte unterliegen. Deshalb wurden diese in § 40 ausdrücklich erwähnt. Inwiefern ausser den Forderungen auch andere Rechte z. B. Regalien, Dienst- und Bannrechte, Grunddienstbarkeiten Gegenstand eines Pfandrechtes sein können, richtet sich nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes. Ebenso ist nach diesem Rechte zu entscheiden, ob Forderungen aus Inhaberpapieren und Wechselforderungen als solche verpfändet werden können, oder ob die körperliche Grundlage der Forderung, welche deren Träger bildet, verpfändet werden muss, damit ein gültiges Pfandrecht entsteht. (M. S. 204.) Im einzelnen wurde ausgesprochen, dass nach gemeinem Rechte ein Faustpfand an Forderungen als unkörperlichen Sachen auch bei Übergabe der Schuldurkunde nur in solchen Fällen möglich sei, in welchen die Schuldurkunde nicht bloss Beweismittel, sondern Träger der Forderung sei, [1]) ferner, dass nach preussischem A. L.-R. die Grundschuldforderung nur durch Bestellung eines Faustpfandes am Grundschuldbrief verpfändet werden könne. [2])

Bezüglich der in § 40 erwähnten „andern Vermögensrechte" kann ein Faustpfandrecht natürlich nur bestellt werden, sofern diese Rechte nicht nach dem Landesrechte zum unbeweglichen Vermögen gehören, also durch § 39 betroffen werden. [3])

III. Wirkungen und Umfang des Absonderungsrechtes.

1. Allgemeine Bemerkungen.

Hinsichtlich der Wirkungen des Absonderungsrechtes ist im allgemeinen auf die Bem. zu § 3 zu verweisen, nach dessen Vorschrift die abgesonderte Befriedigung „unabhängig vom Konkursverfahren" erfolgt. Der Faustpfandgläubiger, dem auf Grund des § ein Absonderungsrecht zusteht, hat hienach das Recht, die ihm verpfändete Sache oder Forderung ganz ebenso, als ob kein Konkursverfahren bestände, zu verwerten bezw. zwangsweise veräussern zu lassen. (Bem. II. 1 zu § 3.) Da dieses Pfand immerhin zur Konkursmasse gehört, ist er aber verpflichtet, dem Konkursverwalter von dem Besitze desselben und von seiner Forderung Anzeige zu machen, und muss auf Verlangen die Sache vorzeigen sowie deren Abschätzung gestatten. (§§ 108 und 110.) Auch kann der Absonderungsberechtigte, wenn der Konkursverwalter die Verwertung des verpfändeten Gegenstandes übernehmen will, dem nicht widersprechen, sondern in diesem Falle nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen. Soweit bezüglich der Wirkungen des Absonderungsrechtes noch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes in Betracht kommen (Bem. III. 2 u. 3), entscheidet das Recht des Ortes, an welchem sich die verpfändete Sache zur Zeit der Ausübung des Absonderungsrechtes befindet. Dieser Ort ist nach den oben aufgestellten Grundsätzen zu bestimmen. (Bem. II. 1 S. 208.)

2. Zubehör und Früchte.

Dem Absonderungsrechte unterliegen nur „die verpfändeten Gegenstände". Ob und inwieweit dasselbe sich auch auf Zubehör und Früchte erstreckt, ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Damit diese Gegenstände der Absonderung unterliegen, genügt es aber nicht, dass sie nach bürgerlichem Rechte verhaftet sind. Vielmehr müssen sich dieselben auch in dem Besitze des Gläubigers befinden, was z. B. betreffs der Zinsabschnitte verpfändeter Wertpapiere von Wichtigkeit ist. (M. S. 206.) [4])

[1]) R.-G. (I. H.-S.) 2. Dez. 1881, jur. Wochenschr. 1882 S. 38, deutsche Notariatszeit. Bd. 12 S. 10 ff., bes. S. 12. Vgl. noch: Sintenis, Pfandrecht § 22; Dernburg, Pfandr. Bd. I. S. 462.

[2]) R.-G. (I.) 18. Febr. 1885, Reichsanz. J. 1885 Beil. IV. S. 195.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 335.

[4]) Vgl. Fuchs S. 65; Hullmann S. 175; v. Sarwey S. 334 Nr. 2 a; v. Völderndorff Bd. I. S. 500; Willenbücher S. 83 Nr. II. 1; v. Wilmowski S. 201 Nr. 5 a. E.

3. *Pfandforderung.*

Das Absonderungsrecht kommt dem Gläubiger für die ganze Pfandforderung zu. Für welche Forderungen das Pfandrecht zusteht, ist nach dem ausserhalb des Konkurses geltenden Rechte zu beurteilen. Nach diesem bestimmt sich z. B., ob die verpfändete Sache für vertragsmässig bedungene Zinsen und für Verzugszinsen aus den gesicherten Forderungen, für Verwendungen, Auslagen, Vertragsstrafen und Schadensersatzforderungen wegen Verschuldens haftet. (M. S. 207.) Auch bezüglich der rückständigen Zinsen ist das Absonderungsrecht nicht ausgeschlossen. Vielmehr sollen dieselben, soweit sie nicht verjährt sind, aus dem Erlöse des Pfandes bezahlt werden. Haftet nach Landesrecht die Pfandsache auch ausserhalb des Konkursverfahrens nur in beschränktem Masse, so kommt diese Beschränkung im Konkurs gleichfalls zur Geltung. Rein konkursrechtliche Vorschriften sind dagegen aufgehoben. [1]) Andererseits kann von dem Absonderungsrechte nur zugunsten der Pfandforderung Gebrauch gemacht werden. Auch wo dem Pfandgläubiger nach bürgerlichem Rechte die Befugnis zusteht, die Pfandsache wegen anderer Forderungen zurückzubehalten, kann dieselbe sonach im Konkurse des Schuldners nicht ausgeübt werden. Die Geltung des Gordianischen Privilegs würde den Grundsätzen der Konkursordnung (§§ 10—12) zuwiderlaufen. Dem Verkehrsbedürfnisse ist durch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht des Handelsgesetzbuches (Art. 313 ff.) genügend Rechnung getragen. Vergl. § 41 Z. 8. (M. S. 206.) Art. 2082 Abs. 2 des Code civil ist hienach, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, aufgehoben. [2])

Die Festsetzung einer besonderen Rangordnung für die einzelnen Bestandteile der Pfandforderung (Kapital, Zinsen und Kosten) hat darin ihren Grund, dass mehrere Pfandgläubiger auf Befriedigung aus einem Pfandstücke Anspruch haben können und dass der Absonderungsberechtigte, soweit er aus dem Pfande nicht befriedigt worden ist, (nach § 57) seine Forderung als Konkursgläubiger anmelden darf. Im Konkursverfahren kann die Forderung nicht in demselben Umfange wie bei der abgesonderten Befriedigung geltend gemacht werden; insbesondere werden aus der Masse die laufenden Zinsen nicht berichtigt (§ 56). Deshalb wurde festgesetzt, dass aus dem Erlöse des verpfändeten Gegenstandes zuerst die Kosten und dann die Zinsen der Forderung gedeckt werden, ehe eine Zahlung auf das Kapital erfolgt. (M. S. 207, 208.) Was unter Kosten zu verstehen ist, bestimmt sich ebenfalls nach dem Landesrechte. Soweit dieses besondere Vorschriften nicht enthält, werden als solche Kosten alle Aufwendungen anzusehen sein, welche der Gläubiger seit der Pfandbestellung machen musste, um aus dem Pfandgegenstande Befriedigung zu erhalten, insbesondere die Kosten der Versilberung und der Verfolgung des Absonderungsrechtes. [3]) Letztere können erheblich sein, wenn die Anerkennung des Absonderungsrechtes erst gerichtlich erzwungen werden musste. Anwaltsgebühren dürfen am Erlöse nur insoweit abgezogen werden, als die Vertretung geboten war. § 87 Abs. 2 der C.-P.-O. findet bezüglich der aussergerichtlichen Verhandlungen mit dem Verwalter, welche nicht einen „Prozess" im Sinne der C.-P.-O. bilden, keine Anwendung. [4])

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 354 Nr. 7 bes. Anm.; v. Völderndorff Bd. I. S. 503 Anm. 31 und S. 505; v. Wilmowski S. 202; Willenbücher S. 84 Nr. II. 3 b.

[2]) Vgl. Bingner, bad. Ausf.-Ges. S. 39, 40, Samml. der in E.-L. gelt. Gesetze Bd. I. Art. 2082 Anm. 664; Cretschmar, rhein. Civilr. Art. 2082 C. c. S. 399. A. M. Scherer in den Annalen der bad. Gerichte Bd. 52 S. 335, 336.

[3]) Vgl. Fitting S. 171 § 19 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. I. S. 504; Willenbücher S. 84 Nr. II. 3 a; v. Wilmowski S. 202.

[4]) Vgl. Ldg. Frankfurt 26. März 1887, Frankf. Rundschau 1887 S. 186.

§ 41.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;
2. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
3. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderung für dieses;
4. Vermieter wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Mietverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;
5. Gastwirte wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirtung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;
6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;
7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;
8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;
9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände.

(E. § 41; M. S. 208 ff.; K. S. 39 ff. und 150, ferner S. 202–204; pr. K.-O. § 33 und § 36 Abs. 2.)

I. Allgemeine Grundsätze.

1) Bei Aufstellung der Konkursordnung ging man von der Ansicht aus, dass gesetzliche Pfandrechte an einzelnen beweglichen Sachen an sich nicht verwerflich seien, dass aber die in manchen Gebieten das Mass der Berechtigung überschreitenden gesetzlichen Pfand- und Vorzugsrechte erheblich beschränkt werden müssten. Bezüglich der Voraussetzungen, unter denen solche gesetzliche Vorzugsrechte den Faustpfandrechten gleichgestellt werden sollten, wurde in den Motiven (S. 208) der oben in der Vorbem. 2 zu §§ 39 ff. (S. 201. 202) gekennzeichnete Standpunkt dargelegt, wonach gefordert wird: unmittelbare Beziehung der Forderung zu der Sache, welche Gegenstand des Absonderungsrechtes sein soll, und äussere Erkennbarkeit des Pfand- oder Vorzugsrechtes durch Gewahrsam des Gläubigers. Von diesem Gesichtspunkte aus wurden die im § bezeichneten Absonderungsrechte aufgestellt, welche im ganzen Bereiche der Konkursordnung Geltung haben und durch welche alle bisher bestehenden Absonderungsrechte, insbesondere dasjenige des Mündels an den mit seinem Gelde vom Vormunde erworbenen Sachen, das Pfandrecht der Vermächtnisnehmer an den Erbstücken des mit dem Vermächtnisse belasteten Erben, das Vorzugsrecht des Verkäufers nach Art. 2102 Nr. 4 Code civil beseitigt werden. Soweit es sich nicht um ein Konkursverfahren handelt, sind die landesgesetzlich bestehenden Pfandrechte an beweglichen Sachen natürlich in Geltung geblieben. Andererseits wurden durch die Vorschriften des § 41 keine Pfandrechte begründet, welche auch ausserhalb des Konkursverfahrens zur Anwendung kommen. Vielmehr entscheidet darüber, welche Rechte den im § angeführten Gläubigern ausserhalb des Konkurses zustehen, lediglich das bürgerliche Recht. Insbesondere kann aus den Vorschriften des § 41 nicht ein ausserhalb des Konkursverfahrens zu beanspruchendes Zurückbehaltungsrecht der in Frage kommenden Gläubiger abgeleitet werden. [1]) Die Geltendmachung eines Absonderungsanspruches auf Grund eines in § 41 vorgesehenen Thatbestandes ist übrigens nicht dadurch bedingt, dass das bürgerliche Recht für den gleichen Fall auch ausserhalb des Konkursverfahrens ein gesetzliches Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht gewährt. Vielmehr sind die Vorschriften des § 41 ganz unabhängig von den landesrechtlichen Vorschriften und greifen überall durch. [2]) In den unter die Z. 1—7 gehörigen Fällen können der Natur der Sache nach nur körperliche Sachen Gegenstand des Absonderungsrechtes sein, während in den Z. 8 und 9 auch Forderungen sowie andere Rechte in Betracht kommen. In den letzterwähnten Vorschriften wird darum auch nicht von Sachen, sondern von Gegenständen gesprochen. Auf unbewegliche Sachen bezieht sich § 41 überhaupt nicht. Vielmehr erstrecken sich die Vorschriften desselben ebenso wie die des § 40 nur auf bewegliche Sachen und Forderungen. Dies ergiebt sich aus dem System des Gesetzes, das sich zunächst in § 39 mit dem unbeweglichen Vermögen, in den §§ 40 und 41 aber mit den andern Vermögensgegenständen beschäftigt, wie aus dem Verhältnisse zwischen diesen letztern §§. Die Vorschrift in Z. 9 findet deshalb keine Anwendung auf dasjenige Zubehör einer unbeweglichen Sache, welches nach dem Landesrechte als unbewegliche Sache zu behandeln ist. [3])

2) Durch die Vorschrift, dass die in den Ziff. 1—9 genannten Gläubiger „den Faustpfandgläubigern gleichstehen", soll deren Stellung zur Konkursmasse bezeichnet werden.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 358; Willenbücher S. 88 Nr. 5 a. E.; Altvater in der meckl. Zeitschr. Bd. III. S. 74; Gösch ebendas. S. 113, 114; Schneider in Bödikers Magazin Bd. II. S. 103; R.-G. III. Strafs. 19. April 1882 und 16. April 1883, Entsch. in Strafs. Bd. VI. S. 303 und Rechtspr. Bd. V. S. 256 ff. Bezüglich der nach rhein. Rechte bestehenden Vorzugsrechte vgl. v. Cuny im rhein. Arch. Bd. 70 Abt. II. A. S. 29 ff. und Abt. II. B. S. 13 ff.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 364, 383; Stieglitz S. 276 Vorbem. B. 1; v. Völderndorff Bd. I. S. 509 Anm. 8; v. Wilmowski S. 203; Fitting S. 176 § 19 Anm. 23. A. M. ist Meisner S. 183 ff.

[3]) So auch das bayer. oberste Landesg. 20. Nov. 1882, Sammlung Bd. IX. S. 757 ff., Seuffert Arch. Bd. 38 S. 395 ff.

Jedem nach § 41 absonderungsberechtigten Gläubiger steht hienach in dem durch § 40 bezeichneten Umfange ein Absonderungsrecht zu. Auch die dort vorgesehene Rangordnung für die einzelnen Bestandteile der Forderung gilt ebenso für die in § 41 geregelten Absonderungsrechte. Dagegen haben die in diesem § aufgezählten Forderungen unter sich gleichen Rang. Diese Gleichstellung erstreckt sich auf alle Beziehungen der absonderungsberechtigten Gläubiger zur Konkursmasse insbesondere auf das Recht, die Forderung, soweit dieselbe nicht gedeckt ist, als Konkursforderung anzumelden (§ 57), auf die Anzeigepflicht (§§ 108 ff.), auf die Verpflichtung zur Gestattung der Abschätzung und des Zwangsverkaufes (§§ 110, 117), endlich auf die Frist für die Geltendmachung des Absonderungsrechtes (§ 141). Soweit es sich nicht um das Konkursverfahren handelt, bleiben die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes unberührt. Dieses entscheidet sonach über den Umfang der einzelnen gesetzlichen Pfandrechte, die Art ihrer Ausübung, über das Recht zum Verkauf u. s. w., endlich über das Verhältnis zwischen den gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten unter sich sowie zu den auf Vertrag beruhenden Pfandrechten. (M. S. 217, 218.)

3) Ein Widerstreit zwischen den verschiedenen in den §§ 40 und 41 aufgezählten Absonderungsrechten wird nicht gerade häufig vorkommen, weil ein Absonderungsrecht in der Regel nur durch körperliche Besitzergreifung erworben werden kann, der Besitzer sonach in der Lage ist, die spätere Erwerbung eines Faustpfand- oder Absonderungsrechtes thatsächlich zu verhindern. In Ansehung des Verhältnisses zwischen einem Pfändungspfandrechte und einem andern Absonderungsrechte kann ein Streit über den Vorrang da nicht entstehen, wo das letztere nach § 41 (Z. 1, 3, 5—8) den Gewahrsam des Absonderungsberechtigten voraussetzt, weil Sachen des Schuldners, welche sich im Gewahrsam eines Dritten befinden, nach § 713 der C.-P.-O. nur gepfändet werden dürfen, wenn dieser zur Herausgabe bereit ist, und die Herausgabe, ja schon die Zulassung der Pfändung das thatsächliche Verhältnis aufhebt, das zur Wirksamkeit des Absonderungsrechtes vorausgesetzt wird. [1]) Erklärt sich der absonderungsberechtigte Besitzer der Sache nicht zur Herausgabe bereit, so kann nur der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache gepfändet werden. (§ 772 der C.-P.-O.) Eine derartige Pfändung hat aber nicht dieselben Wirkungen wie die Pfändung der Sache selbst und gewährt insbesondere ein Pfandrecht an dieser nicht. [2]) Gelingt es dem Gläubiger, der pfänden will, nicht, den Dritten z. B. durch Befriedigung seines Anspruches zur Herausgabe zu bewegen, so kann er allerdings, gestützt auf den gepfändeten Anspruch des Schuldners, Klage auf Herausgabe erheben. Aber dieser Klage kann der Dritte alle ihm gegen den Schuldner zustehenden Einreden entgegensetzen; insbesondere kann er sein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. Dieses Recht steht ihm auch dann zu, wenn der Gläubiger ein Konnossement gepfändet und so die rechtliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangt hat, denn dadurch wird der Gewahrsam und das Absonderungsrecht des Dritten nicht aufgehoben. [3]) Streitigkeiten sind aber doch nicht ausgeschlossen, können vielmehr in den Fällen des § 41 Z. 2, 4 und 8, ausserdem aber in solchen Fällen vorkommen, in welchen ein Faustpfandrecht ohne körperlichen Gewahrsam der Sache (durch symbolische Verpfändung, Verpfändung durch Übergabe der Warenscheine u. s. w.) erworben werden kann, oder das Pfandrecht durch den Verlust der Innehabung nicht erlischt. (§ 14 Abs. 2 E.-G.) [4]) Bezüglich solcher Rangstreitigkeiten wurde

[1]) Vgl. Stieglitz S. 280 Vorbem. D. II. 1; v. Völderndorff Bd. I. S. 511.

[2]) Vgl. Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen S. 198, 199; O.-L.-G. Nürnberg 14. Juli 1882, Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 148 ff.

[3]) A. M. anscheinend Hellwig a. a. O. S. 199.

[4]) Ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht durch Verlust des Gewahrsams erlischt, ist streitig. Vgl. Goldschmidt, Handelsrecht Bd. I. Abth. 2 § 98 Note 90—93 S. 1053; v. Hahn Bd. II. S. 177 ff.; Anschütz-Völderndorff, H.-G.-B. Bd. III. S. 199; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 14 S. 101 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 24 S. 392.

in die Konkursordnung absichtlich eine Bestimmung nicht aufgenommen, so dass für diesen Fall die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entscheiden. Die Reihenfolge der in § 41 enthaltenen Vorschriften ist nicht als eine Rangordnung anzusehen. Vielmehr muss ein Rangstreit unter einzelnen nach § 41 absonderungsberechtigten Personen nach den im bürgerlichen Rechte geltenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. In dieses durch Aufstellung einer einheitlichen Rangordnung einzugreifen, wurde nach den Motiven für überflüssig gehalten, weil die abgesonderte Befriedigung ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt und die Rangordnung für das Konkursverfahren nur ein mittelbares Interesse hat. Nach dem geltenden Rechte entscheidet entweder der körperliche Besitz oder die nützliche Verwendung oder das Alter. (M. S. 219, 220.) Für einzelne Klassen hat das H.-G.-B. (in den Art. 411, 771 ff., 779, 781) besondere Rangordnungen aufgestellt. Ferner hat das Vereinszollgesetz vom 1. Juli 1869 (Bundesgesetzbl. S. 317) in den §§ 14 und 100 dem Absonderungsrechte an zollpflichtigen Gegenständen den Vorrang vor allen andern Ansprüchen eingeräumt. Bezüglich des Rangverhältnisses zwischen den Absonderungsrechten aus § 41 Z. 7 und aus § 44 vgl. Bem. 4 zu § 44. Auch das in Z. 9 angeführte Pfändungspfandrecht (§§ 709 und 810 C.-P.-O.), bezüglich dessen, sofern verschiedene Pfändungen vorliegen, das Alter entscheidet (§ 709 Abs. 3), ist gegenüber den unter Z. 1—8 bezeichneten Pfandrechten nicht bevorzugt. Es wird sonach auch bei dem Zusammentreffen eines Pfändungspfandrechtes mit einem andern Absonderungsrechte regelmässig das Alter den Vorrang bestimmen. [1]) Demgemäss wird das Pfändungspfandrecht einem auf Z. 2 oder 4 gestützten Absonderungsrechte bezw. Zurückbehaltungsrechte in der Regel nachstehen, denn dieses Recht, welches in dem Verhältnisse des Verpächters bezw. Vermieters zu den in Frage stehenden Gegenständen seinen Grund hat und nicht durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes, ja nicht einmal dadurch bedingt ist, dass eine Veranlassung zur Ausübung besteht, ist regelmässig älter. Nur wenn die von dem Pächter oder Mieter eingebrachten Sachen schon vorher gepfändet waren und mit dem die Pfändung nach § 712 Abs. 2 der C.-P.-O. ersichtlich machenden Zeichen versehen auf das Grundstück eingebracht wurden, wird das Pfändungspfandrecht als das ältere Absonderungsrecht demjenigen des Verpächters bezw. Vermieters vorgehen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Entstehungszeit können nicht entscheidend sein, weil das Absonderungsrecht lediglich auf der Konkursordnung, nicht auf den Bestimmungen des Landesrechtes beruht. [2]) Soweit es sich nicht um den Vorrang zwischen dem Absonderungsrechte aus § 41 und dem Pfändungspfandrechte handelt, sondern ausserhalb des Konkursverfahrens ein Rangstreit zwischen dem letzteren Pfandrechte und dem auf die Landesgesetze gestützten Vorzugsrechte des Verpächters oder Vermieters entsteht, sind natürlich die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes massgebend. Wenn dieses besondere Bestimmungen nicht enthält, sondern lediglich die Vorschriften des § 41 der Konkursordnung Z. 2 u. 4 auch ausserhalb des Konkursverfahrens für anwendbar erklärt worden sind, wird aber gleichfalls das Alter entscheiden. [3])

II. Besondere Bemerkungen.

1. *Absonderungsrecht für öffentliche Abgaben. (Z. 1.)*

Das in Z. 1 geregelte Absonderungsrecht setzt vor allem voraus, dass es sich um „zoll- und steuerpflichtige Sachen“ handelt, kommt also nur bei Zöllen (§§ 14 und 100 des

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 212 Nr. 14; Arnold, das Mietwesen S. 173 ff.

[2]) So auch, soweit es sich um das Gebiet des rhein. Rechtes handelt: Ldg. Colmar 14. April 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 323, ferner Ldg. Düsseldorf 10. Okt. 1883 und Ldg. Koblenz 11. Febr. 1885, rheinpreuss. Amtsrichterzeit. Bd. II. S. 41, Bd. III. S. 18. Die Vorschriften des Landesrechtes werden für massgebend erklärt von Cretschmar im Arch. für civ. Pr. Bd. 68 S. 452 und von Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 530—532. Vgl. auch O.-L.-G. Köln 18. Juni 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. I. S. 37.

[3]) Vgl. die in der vorhergehenden Anm. angeführten Schriftsteller und Urteile.

Vereinszollgesetzes), Verbrauchssteuern, Übergangsabgaben und andern derartigen Abgaben, die auf bestimmten steuerpflichtigen Sachen haften, nicht aber bei direkten Steuern oder solchen Abgaben, welche persönlicher Natur sind, zur Anwendung. Bezüglich dieser letzteren kann vielmehr ein Absonderungsrecht nur durch Pfändung (Z. 9) erworben werden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass die zoll- und steuerpflichtigen Sachen „zurückgehalten oder in Beschlag genommen" worden sind. Es kann sonach das Absonderungsrecht nur dann geltend gemacht werden, wenn die Zurückbehaltung oder Beschlagnahme gesetzlich zulässig war. Soweit sich das Absonderungsrecht auf § 14 des Vereinszollgesetzes vom 10. Juli 1869 (B. G.-Bl. S. 317) gründet, kommt demselben nach der ausdrücklichen Vorschrift dieses §, auf welche auch in den Motiven (S. 220) verwiesen wurde, ein Vorrang vor allen andern Absonderungsrechten zu.

2. Absonderungsrecht des Verpächters bezüglich der Früchte und eingebrachten Sachen. (Z. 2.)

a. Das Absonderungsrecht des Verpächters ist nicht bloss zugunsten des Pachtzinses, sondern auch zugunsten anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, insbesondere wegen Beschädigungen des Pachtgutes [1]) bewilligt. Auch die Ansprüche, welche in der verweigerten oder verzögerten Rückgabe der verpachteten Sache oder in der Aufhebung des Pachtverhältnisses vor Ablauf der vereinbarten Zeit (§§ 17 und 21) ihren Grund haben, begründen ein Absonderungsrecht nach Z. 2. (Bem. II. 3 a. E. zu §§ 17 ff. u. Bem. III. zu § 21.) [2]) Dagegen findet es nicht statt wegen einer von dem Verpächter und Pächter vereinbarten Vertragsstrafe oder Sicherheitsleistung, weil eine derartige Forderung nicht aus dem Pachtverhältnisse als solchem entspringt, mit dem Wesen des Pachtvertrages nichts zu thun hat. [3]) Dasselbe bezüglich des rückständigen Pachtzinses auf eine bestimmte Zeit zu beschränken, wie es in Z. 4 bezüglich des Mietzinses geschehen ist, wurde unterlassen, „damit die Verpächter in der Lage sind, bei Missernten, Überschwemmungen oder sonstigen wirtschaftlichen Notständen den Pachtzins angemessen zu stunden." (M. S. 209.) Ein Antrag, das Absonderungsrecht des Verpächters ebenfalls nur für die rückständigen Zinsen eines Jahres zu gewähren, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt. (K. S. 39, 40.) Unter dem „laufenden Zins" ist der seit dem letzten Verfalltage laufende zu verstehen. Dieser Pachtzins ist zwar insoweit als Masseschuld anzusehen, als er für die Zeit nach der Konkurseröffnung geschuldet wird. (Bem. II. 2 zu §§ 17 ff. S. 74.) Aber dadurch verliert das Absonderungsrecht nicht seinen Wert, da dasselbe dem Gläubiger besondere Vorteile gewährt. Der Verpächter kann sich, gleichviel ob er Konkursgläubiger oder Massegläubiger oder beides ist, immerhin auf Grund seines Absonderungsrechtes an die Absonderungsgegenstände bezw. an deren Erlös halten. [4])

Das Absonderungsrecht kann unter Umständen auch derjenige geltend machen, dem die Forderung, mit welcher dasselbe verbunden ist, von dem Verpächter nebst dem Absonderungsanspruche abgetreten wurde. Dieser Anspruch setzt zwar voraus, dass der Inhaber der Forderung in dem hier vorausgesetzten thatsächlichen Verhältnisse zu dem verpachteten Grundstücke und den eingebrachten Sachen steht. Wenn aber der Verpächter die Forderung aus dem Pachtvertrage mit allen Rechten übertragen hat, so wird in der Regel anzunehmen sein, dass er jenes thatsächliche Verhältnis als Vertreter des neuen Gläubigers fortsetzt. [5])

[1]) O.-L.-G. Hamburg 30. April 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 254.

[2]) R.-G. (VI.) 14. Febr. 1882 und (V.) 9. Febr. 1884, Entsch. Bd. VII. S. 19, Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 1175 ff. bes. S. 1177; O.-L.-G. Colmar 27. Juni 1881, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VI. S. 405.

[3]) O.-L.-G. Hamburg 30. April 1886, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 254; R.-G. (III.) 25. Mai 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 289.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 1 ff. bes. S. 3.

[5]) R.-G. (I.) 15. Okt. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 157 ff., Juristenzeit. Bd. X. S. 193 ff. O.-L.-G. Hamburg 3. Mai 1884, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) 1885 S. 65.)

b. Bezüglich der Früchte, auf welche sich das Absonderungsrecht erstreckt, hat der § nicht, wie es in andern Gesetzgebungen meist geschehen ist, ausdrücklich bestimmt, von welchem Augenblicke an das Absonderungsrecht wirksam wird. Es ergiebt sich dies jedoch aus der Natur der Sache. Da der Verpächter an eigenen Sachen ein Pfandrecht nicht haben kann, entscheidet derjenige Zeitpunkt, in welchem der Pächter das Eigentum an den Früchten erwirbt. Daher ist nach den verschiedenen Rechten bald der Zeitpunkt der Entstehung der Früchte, bald derjenige der Trennung von der fruchttragenden Sache, bald derjenige der Einerntung massgebend. (M. S. 210.) Von dem Zeitpunkte ab, in welchem der Verpächter nach dem bürgerlichen Rechte an den Früchten ein Pfandrecht haben könnte, gewährt ihm die Konkursordnung ein Absonderungsrecht und zwar ohne Rücksicht darauf, von welcher Ernte diese Früchte herrühren. Vorausgesetzt wird nur, dass sich die Früchte zur Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechtes noch auf dem Grundstücke befinden. Wenn der Pächter das Grundstück weiter verpachtet und die Früchte Eigentum des Afterpächters werden, so wird dadurch das Absonderungsrecht des Verpächters an den Früchten des Grundstückes, das nur geltend gemacht werden kann, wenn die Früchte zur Konkursmasse gehören, ausgeschlossen. Seine etwaigen civilrechtlichen Ansprüche hat der Verpächter in diesem Falle dem Afterpächter gegenüber geltend zu machen. (Bem. 2 c.) Hat der Pächter seine Rechte aus dem Pachtverhältnisse mit Zustimmung des Verpächters an einen andern abgetreten und der Verpächter diesen letztern als Pächter angenommen, so kommt § 41 auch dann zur Anwendung, falls dieser neue Pächter in Konkurs gerät. Ist das verpachtete Grundstück mit einer Hypothek belastet, so geht, falls diese Hypothek nach dem bürgerlichen Rechte auch die Früchte ergreift, das Recht des Hypothekargläubigers demjenigen des Verpächters vor.[1]) Erwirbt der Pächter, wie es nach gemeinem und rheinischem Rechte der Fall ist, im Augenblicke der Trennung das Eigentum an denselben, so werden sie dadurch dem Hypothekargläubiger entzogen.[2]) Sind die Früchte auf dem Halm nach § 714 der C.-P.-O. zugunsten eines Gläubigers des Verpächters gepfändet worden, so kann dieser letztere ein Absonderungsrecht an den Früchten in der Regel nicht erwerben, weil der Pächter das Eigentum an denselben nicht erlangt. Zwischen dem pfändenden Gläubiger und den Hypothekargläubigern kann in diesem Falle allerdings ein Rangstreit entstehen. Derselbe berührt aber das Konkursverfahren über das Vermögen des Pächters nicht.[3]) Sollte der Pächter ungeachtet der Pfändung die Früchte einernten, ehe der Zwangsverkauf bewirkt worden ist, so würde dadurch das Pfändungspfandrecht nicht untergehen. Das letztere würde aber auch den Vorrang vor dem Absonderungsrechte des Verpächters haben, weil dieses erst durch die Trennung der Früchte, also nach dem Pfändungspfandrechte, entstanden ist.

c. Bezüglich des nach gemeinem Rechte streitigen Begriffes der eingebrachten Sachen ist zu bemerken, dass der im Anschlusse an die preussische Konkursordnung (§ 33 Z. 4) gebrauchte Ausdruck nicht auf solche Sachen beschränkt werden darf, welche dazu bestimmt sind, dauernd auf dem Grundstücke zu verbleiben. Als „eingebracht“ gelten vielmehr alle Sachen, welche mit Rücksicht auf den Zweck der Miete, wenn auch nur vorübergehend, auf dem Grundstücke ihren Stand- oder Verwahrungsort haben sollen. Diese Voraussetzung trifft auch bei Waren zu, welche mit der Bestimmung eingebracht werden, auf dem Grundstücke veräussert, verarbeitet oder verbraucht zu werden.[4]) Immer wird

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 366 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 518; Willenbücher S. 87 Nr. 4b.

[2]) v. Sarwey S. 366, 371; Stieglitz S. 282 Vorbem. D. II. a, ferner bez. des sächsischen und gothaischen Rechtes: O.-L.-G. Dresden 14. Juli 1886; Ann. des sächsischen O.-L.-G. Bd. VIII. S. 59 ff. bes. S. 73; Ldg. Meiningen in den Bl. für Rechtspfl. Bd. 35 S. 36 ff.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 367, 368; v. Wilmowski S. 206 Nr. 3 a. E.

[4]) Dass auch die zum Verkaufe bestimmten Waren zu den eingebrachten Sachen gehören, auf welche sich das Pfandrecht des Vermieters bezieht, wurde vom preussischen Obertribunal

aber vorausgesetzt, dass die Sachen vom Pächter auf das gepachtete Grundstück verbracht wurden. Ein Vorrecht des Verpächters an der Forderung des Pächters gegen dessen Unterpächter, oder an dem von diesem letztern zu zahlenden Pachtzins (Art. 1753 C. c.) besteht nach der Konkursordnung nicht. Nach den Motiven (S. 210) liess man dasselbe „für den Konkurs des Pächters fallen", weil „die civilrechtliche Sicherung durch die Illaten des letzteren und die Früchte des Grundstücks als genügend erschien." Von einem Absonderungsrechte kann denn auch, wie in den Motiven a. a. O. zutreffend hervorgehoben wurde, nur die Rede sein bezüglich solcher Sachen, die zur Konkursmasse gehören, d. h. die sich im Eigentume des Gemeinschuldners befinden. Handelt es sich um andere Gegenstände, deren Aussonderung aus der Konkursmasse verlangt werden kann, so muss der Verpächter die Ansprüche, die ihm etwa nach dem bürgerlichen Rechte an den betreffenden Sachen zustehen, dem Eigentümer oder Besitzer gegenüber geltend machen. Im Konkurse des Pächters kann hienach ein Absonderungsrecht auf Grund des § 41 nur bezüglich der diesem gehörenden Sachen geltend gemacht werden. Die dem Pächter nicht gehörenden Sachen sind aus der Masse auszusondern. Der Verpächter muss dann dem Aussonderungsberechtigten gegenüber seine Rechte verfolgen. Einzelne Schriftsteller wollen zwar auch fremde, dem Pächter bezw. Mieter nicht gehörige, aber von ihm eingebrachte Sachen dem Absonderungsrechte des Verpächters bezw. Vermieters allgemein oder doch für den Fall unterwerfen, dass diese Sachen nicht als fremdes Gut erkennbar waren. Aber dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Dass nach dem ausserhalb des Konkursverfahrens geltenden Rechte auch die einem Dritten gehörenden eingebrachten Sachen dem Pfandrechte oder Zurückbehaltungsrechte des Verpächters oder Vermieters unterliegen, berechtigt nicht zu der Annahme, das Absonderungsrecht des § 41 erstrecke sich auch auf solche Gegenstände, denn ein Recht auf abgesonderte Befriedigung kann begrifflich nur bezüglich derjenigen Gegenstände bestehen, welche zur Konkursmasse gehören. (Bem. I. 1 zu § 3 u. Vorbem. 1 zu §§ 39 ff. S. 200.)[1] Wenn die von dem Pächter eingebrachten Sachen zugunsten eines Dritten mit einem Pfandrechte belastet sind, so steht dieser Umstand dem Absonderungsrechte des Verpächters nicht im Wege, da dem gewöhnlichen Pfandgläubiger ein solches Recht nach § 41 nicht zusteht. Wegen des Verhältnisses zwischen dem Absonderungsrechte des Verpächters und dem Pfändungspfandrechte vergl. Bem. I. 3. Hat der Pächter Sachen eingebracht, welche ihm nicht gehören, sondern nur als Faustpfand bestellt wurden, so werden dieselben nach den obigen Ausführungen (als fremde Sachen) nicht vom Absonderungsrechte des Verpächters ergriffen. Handelt es sich um den Konkurs des Afterpächters bezw. eines Dritten, dessen Sachen ein nicht in Konkurs befindlicher Pächter auf das von ihm gepachtete Grundstück eingebracht hat, so kann dem Verpächter unter Umständen ein Faustpfandrecht (§ 40) zustehen. Ein Absonderungsrecht könnte aber in diesem Falle vom Verpächter nur dann beansprucht werden, wenn die Sachen als „eingebrachte" im Sinne der Z. 2 und 4 zu betrachten wären, was nach den obigen Ausführungen nicht der Fall ist.[2]) Auf ein weitergehendes gesetz-

(Striethorst, Arch. Bd. 95 Nr. 37 S. 186 ff.) und vom Reichsoberhandelsgericht (Entsch. Bd. 6 Nr. 65 S. 281 ff.) ausgesprochen. Vgl. noch in diesem Sinne: Bunsen, gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrechte S. 17; Dernburg Bd. I. S. 897 § 364; Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 544; Stieglitz S. 261 Nr. IV. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 519, 520; Willenbücher S. 87 Nr. 5 a.

[1]) Vgl. auch v. Sarwey S. 374; Stieglitz S. 288, 289; R.-G. (II.) 10. März 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 39 ff. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 520, 521, sowie Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 527 ff.

[2]) Vgl. Dernburg Bd. I. S. 898 § 364 Anm. 11; Eccius Bd. II. S. 206, 208; Fitting S. 175 § 19 Anm. 20 und 23; v. Sarwey S. 374, 375 Nr. 12; Stieglitz S. 289 Nr. II. 4; v. Völderndorff Bd. I. S. 515 ff.; Willenbücher S. 87, 88 Nr. 5 b.; v. Wilmowski S. 207; R.-G. (II.) 10. März 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 39 ff.; O.-L.-G. Köln 14. Juli 1884, rhein. Arch. Bd. 76 Abt. III. S. 34 ff.; O.-L.-G. Hamburg 27. Febr. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 126 ff., Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) 1883 S. 233. A. M. Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 532 ff.

liches Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht insbesondere auf Art. 2101 Z. 1 C. c. kann aber der Verpächter seine Ansprüche nicht stützen, da diese Vorschrift für den Fall des Konkurses ihre Bedeutung nach den §§ 3 und 40 ff., sowie nach § 4 E.-G. verloren hat.[1]) Nach rheinischem Rechte wird übrigens der Verpächter vielfach dadurch Befriedigung erlangen können, dass er auf Grund des Art. 1166 C. c. das seinem Schuldner zustehende Aussonderungsrecht ausübt. Auch bezüglich solcher Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung entzogen sind, kann ein Absonderungsrecht nicht geltend gemacht werden, weil solche Gegenstände nach § 1 nicht zur Konkursmasse gehören, also auch nicht von einem dem Verwalter gegenüber auszuübenden Rechte der abgesonderten Befriedigung die Rede sein kann. Soweit diese Gegenstände überhaupt zur Befriedigung der Gläubiger dienen, erfolgt diese ausserhalb des Konkursverfahrens, ohne dass es der Ausübung eines Absonderungsrechtes bedarf. Ob das dem Verpächter bezw. Vermieter nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte zustehende Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht sich auch auf solche Gegenstände erstreckt, welche der Pfändung nicht unterworfen sind, oder ob § 715 der C.-P.-O. auch der Ausübung dieser Rechte entgegensteht, ist nach dem geltenden Landesrechte zu beurteilen.[2])

d. Damit der Verpächter das Absonderungsrecht ausüben kann, ist es nicht erforderlich, dass er schon vor der Konkurseröffnung von den in Frage stehenden Sachen bezw. Früchten Besitz ergriffen hat. Vielmehr genügt der Umstand, dass sich diese Gegenstände „noch auf dem Grundstücke befinden“, der Verpächter somit in der Lage ist, sich jederzeit den Gewahrsam derselben zu verschaffen. Um jedes Missverständnis über diesen Punkt auszuschliessen, wurde die Fassung der preussischen Konkursordnung (§ 33 Z. 4) vermieden, welche dem Verpächter und Vermieter die Rechte der Faustpfandgläubiger nur einräumte, „soweit dieser das ihm zustehende Zurückbehaltungsrecht an den Illaten ausübt.“ Dass die vor der Konkurseröffnung erfolgte Besitzergreifung durch den Gläubiger nicht notwendig sei, ist denn auch in den Motiven (S. 211) in zutreffender Weise dargelegt worden. Die erwähnte Bedingung hat weder das römische noch das preussische oder französische Recht gestellt.[3]) Sie würde auch das Absonderungsrecht des Verpächters bezw. Vermieters im höchsten Grade gefährdet haben. Das durch das Einbringen der Sachen begründete thatsächliche Verhältnis dauert solange fort, als die eingebrachten Sachen und Früchte sich noch auf dem Grundstücke befinden und demnach die Möglichkeit der sofortigen Besitzergreifung besteht. Bestand dieses Verhältnis noch zur Zeit der Konkurseröffnung, so ist der Anspruch auf abgesonderte Befriedigung gerechtfertigt. Dieser Anspruch kann deshalb nicht dadurch verloren gehen, dass die eingebrachten Sachen bezw. die Früchte vom Konkursverwalter, ohne dass der Verpächter widersprochen hat, zur Konkursmasse gezogen oder vom Verwalter verkauft worden sind. (M. a. a. O.)[4]) Übrigens ist der Konkursverwalter, welcher ohne Rücksicht auf das Absonderungsrecht die in der Masse vorhandenen Mittel verteilt, sofern ihn in dieser Beziehung ein Verschulden trifft, zum Schadenersatz verpflichtet.[5]) Ebenso verhält es sich bezüglich der Wegschaffung der eingebrachten Sachen, welche auf

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 10. März 1885 a. a. O.

[2]) Vgl. im Sinne letzterer Auffassung: Cretschmar im Arch. für civ. Pr. Bd. 68 S. 456; Gorius in den Verh. des 18. Juristentages Bd. I. S. 124 ff.; v. Sarwey S. 373; Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 687; derselbe, rhein. Recht S. 210, 211; v. Völderndorff Bd. I. S. 509 lit. a. Nr. IV. A. M. ist Dernburg Bd. I. S. 897.

[3]) V. hiezu die Urteile des preussischen Obertribunals vom 12. Febr. 1852 und 29. Nov. 1853 (Striethorst, Arch. Bd. 6 Nr. 12 S. 43 und Bd. 14 Nr. 19 S. 81) und das Urteil des R.-O.-H.-G. vom 28. Mai 1872, Entsch. Bd. 6 Nr. 65 S. 281 ff.)

[4]) R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 1 ff.; Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 685; O.-L.-G. Köln 7. Okt. 1885, rhein. Arch. Bd. 76 Abt. I. S. 53 ff. bes. S. 56.

[5]) Vgl. die vorige Anm.

Grund einer Zwangsvollstreckung erfolgt und zwar gleichviel, ob dem Verpächter nach dem bürgerlichen Rechte ein gesetzliches Pfandrecht zusteht oder nicht. Auch durch eine derartige Entfernung der eingebrachten Sachen wird das nach § 41 begründete Absonderungsrecht nicht berührt.[1]) Unerheblich ist es in diesem Falle, ob der Verpächter der Wegschaffung der Sachen unter Geltendmachung seines Zurückbehaltungsrechtes ausdrücklich widersprochen hat, oder ob er dies unterliess, denn nach § 710 der C.-P.-O. ist ein solcher Widerspruch ohne rechtliche Bedeutung. Der Verpächter kann auf Grund seines Absonderungsrechtes die Pfändung nicht verhindern, sondern nur vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse verlangen. Die Ansicht von Cretschmar, dass der Verpächter bezw. Vermieter der Pfändung mit Erfolg widersprechen könne, weil die eingebrachten Sachen sich in seinem Besitze bezw. Gewahrsam befänden, sonach die Voraussetzung des § 690 der C.-P.-O. vorliege, kann nicht als zutreffend angesehen werden, denn der Verpächter bezw. Vermieter befindet sich, solange er nicht von seinem Zurückbehaltungsrechte oder besser Besitzergreifungsrechte thatsächlichen Gebrauch gemacht hat, nicht im Sinne des § 710 C.-P.-O. im Besitze der eingebrachten Sachen, wenn er auch in manchen Beziehungen so behandelt wird, als ob er dieselben besässe. Noch weniger befinden sich die eingebrachten Sachen in seinem Gewahrsam. Diesen kann er sich vielmehr erst durch die Ausübung seines Zurückbehaltungsrechtes verschaffen, welche voraussetzt, dass sein Befriedigungsrecht gefährdet ist. Er kann sich der Pfändung der eingebrachten Sachen, durch welche sein Anspruch auf Befriedigung aus deren Erlös nicht ausgeschlossen wird, ebensowenig widersetzen, wie der Veräusserung derselben durch den Konkursverwalter.[2]) Ebensowenig wie die Pfändung und der Zwangsverkauf der eingebrachten Sachen schliesst die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher oder durch den Konkursverwalter (§ 117) die Geltendmachung des Absonderungsrechtes aus. An die Stelle der zur abgesonderten Befriedigung dienenden Sache tritt im Falle der Zwangsveräusserung der Anspruch auf den Erlös. Durch § 720 der C.-P.-O. wird an dieser Sachlage nichts geändert, da diese Vorschrift, nach welcher übrigens die Empfangnahme lediglich als Zahlung „gilt“, nur das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, nicht dasjenige unter den verschiedenen Gläubigern regelt.[3]) Sind die eingebrachten Sachen oder Früchte schon vor der Konkurseröffnung von dem Grundstücke entfernt worden, so steht dem Verpächter bezw. Vermieter, da das in § 41 vorausgesetzte thatsächliche Verhältnis nicht vorhanden ist, das hier vorgesehene Absonderungsrecht nicht zu.[4])

[1]) Vgl. Eccius Bd. II. S. 204 § 136 Anm. 226; v. Sarwey S. 378; v. Wilmowski S. 207 Nr. 5; ferner die Entsch. der nachstehenden O.-L.-G.: Hamburg 27. Febr. 1883, Hanseat. Gerichtszeit. 1883 (Beibl.) S. 233; Köln 21. März 1883, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. I. S. 111, 113 und 17. Jan. 1885, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 59; Darmstadt 7. Nov. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 281 ff. bes. S. 286; Kiel 18. Sept. 1884 und Celle 23. Dez. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 277 und S. 280; Frankfurt 7. März 1885, Frankf. Rundschau 1885 S. 69, endlich Ldg. Frankfurt 17. Okt. 1885, ebendas. S. 147. A. M. Stieglitz S. 280, 281; Cretschmar im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 314 ff., 327 ff. bes. S. 331, 341.

[2]) Vgl. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller und Urteile, ferner: Struckmann-Koch C.-P.-O. § 710 Nr. 2 S. 783; Seuffert, das. Nr. 2 S. 789; v. Wilmowski-Levy S. 900; Gaupp Bd. III. S. 263; Petersen § 710 Nr. 1 S. 987 und Arnold, Mietwesen S. 174; Bunsen, gesetzl. Pfand- und Zurückbehaltungsrecht S. 13; Ann. der bad. Gerichte Bd. 54 S. 79 und 80; R.-G. (V.) 9. Mai 1885 Entsch. Bd. XIII. S. 253 ff. bes. S. 257; R.-G. III. Strafs. 8. Mai 1880 und II. Strafs. 23. Nov. 1880, Entsch. in Strafs. Bd. I. S. 429 ff., Bd. III. S. 58 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 29. Okt. 1881, Annalen Bd. IV. S. 512 ff.; O.-L.-G. Köln 10. April 1881 und 17. Jan. 1885, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. II. S. 8, Bd. 75 Abt. II. S. 59; O.-L.-G. Hamburg 27. Febr. 1883, Kiel 18. Sept. 1884 und Celle 23. Dez. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 126 ff., Bd. 40 S. 278 ff. A. M. Scherer, rhein. Recht S. 207 sowie in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 690 ff. bes. S. 692.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, jur. Wochenschr. 1883 S. 51; O.-L.-G. Celle 23. Dez. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 279, 280.

Auch kommt in dieser Beziehung nichts darauf an, ob die Wegschaffung öffentlich und ohne Gewalt oder ob dieselbe heimlich oder gewaltsam erfolgte. Die Konkursordnung unterscheidet in dieser Beziehung nicht, sondern setzt unbedingt voraus, dass die eingebrachten Sachen und Früchte sich zur Zeit der Konkurseröffnung noch auf dem Grundstücke befanden.[1]) Sind die Früchte auf ein Grundstück verbracht worden, welches zwar im Zusammenhange mit demjenigen Grundstücke bewirtschaftet wird, auf welchem die Früchte geerntet wurden, aber dem Verpächter nicht gehört, so wird das Absonderungsrecht gleichfalls verloren. Die Früchte befanden sich dann nicht auf dem verpachteten Grundstücke.[2])

Ob der Vermieter berechtigt ist, die gegen seinen Willen (heimlich oder mit Gewalt) fortgeschafften Gegenstände wieder zurückbringen zu lassen und dadurch sein Absonderungsrecht zu wahren, ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Nach allgemeinen Grundsätzen wird die Frage zu bejahen sein.[3]) Nach französischem Rechte (Art. 2102 C. c.) steht dem Vermieter bezüglich der ohne Zustimmung aus dem Hause gebrachten beweglichen Sache eine „revendication" zu. Diese Vorschrift ist durch die Ausf.-Ges. für Bayern (Art. 200), Hessen (Art. 102), Baden (§ 21) und Els.-Lothr. (§ 22) ausdrücklich aufrechterhalten bezw. wiederholt worden. Sie hat aber auch für Rheinpreussen Geltung behalten, weil sie nicht als konkursrechtliche Bestimmung anzusehen und nicht durch eine andere Vorschrift aufgehoben worden ist.[4]) Die Klage auf Rückgabe der weggeschafften Sachen braucht nicht gegen den Mieter und den Dritten erhoben zu werden. Vielmehr ist dieselbe lediglich gegen den Besitzer zu richten, welchem allerdings nachgewiesen werden muss, dass das gesetzliche Pfandrecht und insbesondere auch eine Mietforderung besteht.[5]) Eine rechtskräftige Feststellung dieser Forderung gegenüber dem Mieter ist nicht Voraussetzung der Klage auf Rückgabe der Sachen. Ist die weggebrachte Sache nach Erhebung der Klage untergegangen, so wird der Verpächter von dem frühern Besitzer Entschädigung fordern können.[6]) Hat der Käufer die Sache nach der Klage veräussert, so kommt § 236 der C.-P.-O. zur Anwendung. Das ergehende Urteil ist gegen den Rechtsnachfolger vollstreckbar. Der Verpächter kann aber nicht statt der Sache selbst den Kaufpreis fordern.[7]) Ist infolge der Klage gegen den Dritten der frühere Zustand wieder hergestellt worden, so tritt das Absonderungsrecht des Verpächters bezw. Vermieters wieder in Kraft. Die zurückgebrachten Gegenstände sind als „eingebrachte Sachen" im Sinne des § 41 Z. 2 und 4 anzusehen.[8])

Auch in Ansehung der Frage, ob und mit welchen Mitteln der Verpächter die Wegschaffung der eingebrachten Sachen und Früchte vom Pachtgrundstücke verhindern kann, kommen im wesentlichen die landesrechtlichen Vorschriften in Betracht, da das Reichsrecht besondere Mittel zur Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes nicht gewährt. Die Konkursordnung gewährt hier wie anderswo ein Zurückbehaltungs- oder Einschliessungsrecht nicht. (Bem. I. 1.) Auf dem Wege des Arrestes wird der Verpächter seinen Zweck in der Regel nicht

[1]) Vgl. Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 3; Cretschmar, Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 310 Anm. 2; Eccius Bd. II. S. 205 § 136 Anm. 23; Gösch in der meckl. Zeitschr. Bd. III. S. 114, 115; v. Sarwey S. 377; Stieglitz S. 288 Nr. II. 3; v. Völderndorff Bd. I. S. 522; Willenbücher S. 88 Nr. 5c; v. Wilmowski S. 208 Nr. 5; R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, Entsch. Bd. VIII. S. 99.

[2]) Vgl. Voss in Busch, Zeitschr. Bd. 12 S. 229 ff.

[3]) Vgl. die in Anm. 1 angeführten Schriftsteller, ferner Gösch a. a. O. S. 115 ff. und S. 322.

[4]) R.-G. (II.) 8. Dez. 1882, Entsch. Bd. VIII. S. 99 ff.

[5]) A. M. Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 686.

[6]) Vgl. Scherer a. a. O. S. 700.

[7]) O.-L.-G. Colmar 4. Juni 1886, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XI. S. 372 ff. A. M. Scherer a. a. O. S. 701.

[8]) Vgl. oben Anm. 1; ferner Gösch in der meckl. Zeitschr. Bd. III. S. 323, 324.

erreichen können, weil durch die Verbringung der eingebrachten Sachen auf ein anderes Grundstück die Zwangsvollstreckung an sich nicht vereitelt oder erschwert wird, es also meistens an einem Arrestgrunde fehlen wird.[1]) Nur dann ist der Arrest das geeignete Mittel, wenn durch die beabsichtigte Wegschaffung mit Rücksicht auf deren Art und Weise eine Pfändung unmöglich gemacht oder erschwert würde. Was aber die einstweilige Verfügung anbelangt, so trifft § 814 der C.-P.-O. nicht zu, weil die eingebrachten Sachen nicht einen Streitgegenstand im Sinne dieser Vorschrift bilden.[2]) Jn § 819 wird dagegen vorausgesetzt, dass der einstweilige Zustand in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis geregelt werden soll. Wo ein Zurückbehaltungsrecht nach dem Landesrechte besteht, kann hienach durch einstweilige Verfügung die Wegschaffung der eingebrachten Sachen verhindert werden. Dagegen wird eine solche nicht zulässig sein, wo das Landesrecht ein Zurückbehaltungsrecht nicht anerkennt, sondern lediglich § 41 der Konkursordnung zur Anwendung kommt.[3]) Ob ein Vertrag zwischen Pächter und Verpächter, durch welchen dem letztern ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt wird, bindend ist und dem Pächter entgegengehalten werden kann, wenn derselbe sich die Ausübung des eingeräumten Rechtes bei dem Abzuge nicht gefallen lassen will, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[4]) Soweit diesem Rechte ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt bekannt ist, wird dasselbe durch Vertrag in derselben Weise bestellt werden können wie ein Pfandrecht an beweglichen Sachen. Die Vorschrift des Art. 819 des Code de procédure civile, nach welcher der Verpächter oder Vermieter die eingebrachten bezw. weggebrachten Sachen mit Beschlag belegen kann, ist, sofern dieselbe nicht durch die Ausf.-Gesetze ausdrücklich aufgehoben wurde, jedenfalls in ihrem prozessrechtlichen Inhalte durch § 14 des E.-G. zur C.-P.-O. abgeschafft, d. h. insoweit beseitigt, als sie die Art und Weise regelt, in welcher die Beschlagnahme angeordnet bezw. ausgeführt werden soll. An Stelle der „saisie-gagerie" tritt nun die Pfändung im Wege des Arrestes oder die einstweilige Verfügung. Eine einstweilige Verfügung im Sinne des § 16 Z. 4 des E.-G. zur C.-P.-O. ist in Art. 819 C. de pr. c. nicht vorgesehen, da dem Verpächter hienach das Recht zusteht, ohne richterliche Verfügung die weggebrachten Sachen nach vorausgegangenem Zahlbefehl mit Arrest belegen zu lassen und nur für die Beschlagnahme eine richterliche Ermächtigung gefordert wird.[5]) Da Art. 2102 C. c. die Befugnis des Eigentümers zur Beschlagnahme gleichfalls anerkennt und nach rheinischem Rechte dem Verpächter und Vermieter unzweifelhaft ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, also dieselben jedenfalls eine einstweilige Verfügung (§ 819 C.-P.-O.) erwirken können, hat die bestehende Meinungsverschiedenheit übrigens keine erhebliche Bedeutung.

3. *Absonderungsrecht des Pächters in Ansehung des Inventars. (Z. 3.)*

Falls über das Vermögen des Verpächters der Konkurs eröffnet ist und das vorhandene Inventar als dessen Eigentum zur Konkursmasse gehört, steht dem Pächter an den in seinem Gewahrsam befindlichen Gegenständen des Inventars wegen der Forderungen für

[1]) Vgl. Altvater in der meckl. Zeitschr. Bd. III. S. 88; Gösch ebendas. S. 123; Petersen C.-P.-O. §§ 796 ff. Bem. II.

[2]) Vgl. Altvater und Gösch a. a. O.; Cretschmar im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 314.

[3]) Vgl. Bunsen in der meckl. Zeitschr. Bd. III. S. 215 und im ges. Pfand- und Zurückbehaltungsr. S. 24 ff.; Gösch a. a. O. S. 326, welche sich mit dem meckl. Rechte beschäftigen und zu verschiedenem Ergebnisse kommen.

[4]) Vgl. dagegen Altvater und Gösch a. a. O. S. 87 ff. bezw. S. 123 ff., welche die vertragsmässige Bestellung eines Zurückbehaltungsrechtes als ungerechtfertigte Einräumung einer Selbsthilfe ansehen.

[5]) Vgl. Allhoff, Samml. der in E.-L. geltenden Gesetze Bd. I. franz. C.-P.-O. Anm. 23 S. 484, 485. Teilweise a. M. Cretschmar rhein. Civilr. Art. 819 und 820 C. de pr., sowie Scherer in Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 537.

dasselbe ein Absonderungsrecht zu. Die Vorschrift ist für jene Rechtsgebiete von Bedeutung, in welchen, wie es z. B. nach preussichem A. L.-G. der Fall ist, das Inventar als eine Sachgesamtheit gilt, welche ungeachtet der mit ihr vorgekommenen Veränderungen — gleichviel ob eine Vermehrung oder eine Verringerung oder eine Verschlechterung eintritt — Eigentum des Verpächters bleibt, solange nicht das Gegenteil ausbedungen worden ist. Wo solche Verhältnisse bestehen, muss bei Rückgewähr des verpachteten Gutes zwischen dem Verpächter und dem Pächter eine Auseinandersetzung stattfinden, auf Grund deren dem letztern ein obligatorischer Anspruch auf Herausgabe derjenigen Stücke, um welche das Inventar vermehrt worden ist, bezw. auf Entschädigung wegen erfolgter Verbesserungen zustehen kann. Da es sich bei der in Frage stehenden Auseinandersetzung nicht, wie bei Aufstellung der preussischen Konkursordnung (§ 36 Abs. 2) angenommen wurde, um die Teilung einer gemeinsamen Sache, sondern um Befriedigung gegenseitiger Ansprüche aus dem Pachtverhältnisse handelt, wurde dem Pächter in Ansehung des in seinem Gewahrsam befindlichen, dem Verpächter gehörigen Inventars ein Absonderungsrecht eingeräumt. Dasselbe kann nur für die auf das Inventar bezüglichen, nicht auch wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse in Anspruch genommen werden. (M. S. 211.) Wird das Inventar auch durch eine Hypothek ergriffen, weil es als Zubehör der unbeweglichen Sache erscheint, so wird dasselbe in der Regel überhaupt nicht dem Absonderungsrechte des Pächters unterliegen, weil dieses sich nur auf bewegliche Gegenstände, nicht als Bestandteile einer unbeweglichen Sache erstreckt. (Bem. I. 1 a. E. zu § 41 S. 212.) Ist das Inventar erst bei Gelegenheit der Hypothekbestellung als Zubehör erklärt worden und steht diese Erklärung dem Pächter nach dem bürgerlichen Rechte nicht im Wege, so wird die Entstehungszeit der Forderung des Pächters über das Rangverhältnis zwischen Hypothek und Absonderungsrecht entscheiden. Die Hypothek braucht nicht notwendig älter zu sein als das Absonderungsrecht, denn wenn das Inventar zur Zeit der Hypothekbestellung schon den Umfang hatte, welcher die Forderung des Pächters und dessen Absonderungsrecht rechtfertigt, war das Recht auf (eventuelle) abgesonderte Befriedigung schon vor der Hypothek begründet. [1]) Der Verpächter hat, wenn das Inventar sein Eigentum ist, im Konkurs des Pächters ein Aussonderungsrecht. Steht dem Pächter das Eigentum am Inventar zu, so hat der Verpächter wegen seiner Forderung aus der Auseinandersetzung das in Z. 2 vorgesehene Absonderungsrecht. (M. a. a. O.)

4. Vorzugsrecht des Vermieters. (Z. 4.)

Aus dem Wortlaute der Vorschrift, in der vorausgesetzt wird, dass gewisse Sachen von dem Mieter auf das gemietete Grundstück gebracht worden sind, ergiebt sich klar, dass sich dieselbe nur auf solche Mietverhältnisse bezieht, bei denen die Miete von Häusern oder Teilen von solchen oder von Lagerhäusern, Lagerplätzen, Kellern, Verkaufsräumen (Läden und Gewölben), Gärten u. s. w. in Frage steht. [2]) Wo nicht eine solche Räumlichkeit, sondern eine einzelne bewegliche Sache (z. B. ein Pferd, ein Klavier, ein Anzug) vermietet wurde, fehlt es denn auch regelmässig an einem Gegenstand für das Absonderungsrecht. An den vermieteten Sachen steht hier, wenn der Mieter in Konkurs gerät, dem Vermieter ein Aussonderungsrecht zu. Hat der Gemeinschuldner von einer und derselben Person mehrere Räumlichkeiten z. B. eine Wohnung und Geschäftsräume gemietet, ohne dass hierüber getrennte Verträge abgeschlossen wurden, so kann sich der Vermieter wegen seiner Forderung an alle eingebrachten Sachen halten, gleichviel, ob dieselben sich in der Wohnung oder in den Geschäftsräumen befinden. Liegen dagegen mehrere selbständige Mietverträge vor, so haften für die Forderung aus

[1]) Vgl. Stieglitz S. 290.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 525 Anm. 73; Stieglitz S. 290.

jedem derselben nur diejenigen Sachen, welche auf Grund des in Frage stehenden Vertrages in die durch denselben vermieteten Räumlichkeiten eingebracht worden sind. [1]) Bezüglich des dem Vermieter hienach zustehenden Absonderungsrechtes gelten im allgemeinen dieselben Vorschriften, die Z. 2 zugunsten des Verpächters enthält. Es ist deshalb hier auf die Bem. zur Z. 2 zu verweisen, bei welcher überall auf das Absonderungsrecht des Vermieters Rücksicht genommen worden ist. Soweit der Mietzins in Frage steht, kommt jedoch die Forderung des Vermieters nur insoweit in Betracht, als es sich um das letzte Jahr vor Eröffnung des Verfahrens und um die von da an weiterlaufenden Mietzinsen handelt. Auf die Zeit der Fälligkeit kommt in dieser Beziehung nichts an; vielmehr ist lediglich der Tag der Konkurseröffnung entscheidend und von diesem an rückwärts gerechnet nur der Mietzins für ein Jahr durch Absonderungsrecht geschützt. Als „laufender Zins" ist auch hier wie bei dem Absonderungsrecht des Verpächters (Bem. 2 a. S. 215), derjenige Mietzins anzusehen, welcher für die Zeit vom letzten gesetzlichen oder vertragsmässigen Zahlungstermin geschuldet wird. Soweit diese Periode in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt, ist der Vermieter, wenn der Konkursverwalter die Miete fortgesetzt hat, zugleich Massegläubiger (§ 52 Z. 2. Bem. II. 2 zu §§ 17 ff. S. 74). Unter den „rückständigen Zinsen" ist der Mietzins zu verstehen, der für die Zeit vor dem letzten Verfalltag geschuldet wird. Für diesen rückständigen Zins steht jedoch ein Absonderungsrecht nur insoweit zu, als er für das vor der Konkurseröffnung vorhergehende Jahr geschuldet wird. Im ganzen kann also, soweit es sich um die Zeit vor der Konkurseröffnung handelt, nur für den Mietzins eines Jahres abgesonderte Befriedigung verlangt werden. Der für das letzte Jahr geschuldete Mietzins wird hienach regelmässig, nämlich immer dann, wenn nicht unmittelbar nach dem letzten Verfalltag das Konkursverfahren eröffnet worden ist, zum Teil als laufender, zum Teil als rückständiger Zins aufzufassen sein. Dieser Umstand berechtigt aber nicht dazu, dem Ausdrucke „laufender Zins" hier eine andere Bedeutung beizulegen und nur den Mietzins, der für die Zeit nach der Konkurseröffnung geschuldet wird und regelmässig eine Masseforderung bildet, als „laufenden Zins" zu bezeichnen. [2]) Übrigens kommt der Meinungsverschiedenheit, soweit es sich um das Konkursverfahren handelt, eine erhebliche Bedeutung nicht zu. Nach der einen wie nach der anderen Ansicht kann der Vermieter für den Mietzins eines Jahres von der Konkurseröffnung an rückwärts gerechnet abgesonderte Befriedigung fordern. Für die Zeit nach der Konkurseröffnung steht ihm aber ein Masseanspruch zu, sofern der Verwalter das Mietverhältnis fortgesetzt hat.

Hat der Gemeinschuldner von dem Vermieter zugleich andere Leistungen z. B. Verköstigung erhalten, so steht dem letztern für die daraus entspringende Forderung auch dann ein Absonderungsrecht nicht zu, wenn für Kost und Wohnung ein einheitlicher Preis bestimmt worden ist. Es muss dann ermittelt werden, welcher Teil der Vergütung als Mietzins anzusehen ist, da die Art der Preisbestimmung nicht entscheiden kann. [3]) Ist die ausser der Wohnung gewährte Leistung aber als Nebenleistung aus dem Mietvertrag anzusehen, wie es z. B. hinsichtlich der Heizung, Bedienung u. s. w. oft der Fall ist, so wird sich das Absonderungsrecht auf die ganze Forderung erstrecken. [4]) Zu den „andern Forde-

[1]) Vgl. O.-L.-G. Darmstadt 7. Nov. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 286.

[2]) Vgl. Eccius Bd. II. § 204 S. 136 Anm. 229; v. Wilmowski S. 209 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. I. S. 525; Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 1. A. M. Meves S. 63 lit. d. Ob das Urteil des R.-G. (V.) vom 9. Mai 1885 (Entsch. Bd. XIII. S. 256), das Eccius für seine Ansicht anruft, für diese spricht, ist zweifelhaft. Auch die Motive (S. 209) lassen sich ebensogut für die eine wie für die andere Auffassung verwerten.

[3]) Arnold, Mietwesen S. 173 Anm. 1 a.; Dernburg Bd. I. S. 938 § 364 Anm. 2; v. Sarwey S. 362; Willenbücher S. 87 Nr. 3 b. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 526.

[4]) Vgl. Dernburg a. a. O.

rungen aus dem Mietverhältnis" gehören die Entschädigungsansprüche wegen vorzeitiger Aufhebung des Mietverhältnisses und Verschlechterung des Mietgegenstandes, nicht aber der Anspruch auf eine Vertragsstrafe. (Bem. 2 a. zu § 41.) Ist ein Haus oder eine Wohnung mit der dazu gehörigen Einrichtung vermietet und dafür ein einheitlicher Preis berechnet worden, so ist dieser als Mietzins anzusehen, denn der Preis wird hier wie bei einzelnen mit der erforderlichen Einrichtung versehenen Zimmern für den durch diese Einrichtung bewohnbar gemachten Raum bezahlt. Auch die Ersatzansprüche wegen Beschädigung der Einrichtung u. s. w. müssen dann als Forderungen aus dem Mietverhältnis gelten. [1])

5. *Absonderungsrecht der Z. 5—7.*

a. Allgemeine Bemerkungen.

Ob das Zurückbehaltungsrecht auch im Konkurse anerkannt und ihm dieselbe Wirkung wie dem Pfandrechte beigelegt werden müsse, ist im gemeinen Rechte streitig gewesen, während das französische Recht die Frage grundsätzlich bejaht, in Art. 2082 C. c. aber den Grundsatz erheblich beschränkt hat. In der preussischen Konkursordnung (§ 33) galt der Grundsatz, dass das Zurückbehaltungsrecht der Konkursmasse gegenüber an sich nicht geltend gemacht werden könne, sondern nur in Ausnahmefällen zu berücksichtigen sei. Dieser Grundsatz, der in den Motiven (S. 212 ff.) ausführlich gerechtfertigt worden ist, hat auch in der Konkursordnung Anerkennung gefunden. In der Reichstagskommission wurde zwar von Goldschmidt der Antrag gestellt, die Z. 5—7 zu streichen und statt dessen allen denjenigen, „denen nach den Landesgesetzen ein Zurückbehaltungsrecht an gewissen Gegenständen zusteht", ein Absonderungsrecht in Ansehung der zurückgehaltenen Gegenstände einzuräumen. Dieser Antrag wurde aber nach längerer Beratung abgelehnt, nachdem Regierungsrat Hagens das System des Entwurfes verteidigt und insbesondere hervorgehoben hatte, „dass die im wesentlichen übereinstimmenden preussischen Vorschriften zu keinen Unzuträglichkeiten geführt hätten." (K. S. 40, 41.) Bei Beratung des Einführungsgesetzes (§ 5) wurde gleichfalls ohne Erfolg vorgeschlagen, diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht zu erhalten, „welche in einem weiteren Umfange als § 41 der Konkursordnung ein Zurückbehaltungsrecht zulassen und dem zur Zurückhaltung Berechtigten das Recht auf abgesonderte Befriedigung gewähren." Auf Grund eines dem Gemeinschuldner gegenüber zustehenden Zurückbehaltungsrechtes kann hienach ein Absonderungsrecht nur in den Fällen geltend gemacht werden, in welchen § 41 ein solches ausdrücklich zulässt.

b. Absonderungsrecht der Gastwirte. (Z. 5.)

Das Absonderungsrecht des Gastwirtes, das auch im Code civil (Art. 2102 Nr. 5) und in der preussischen Konkursordnung (§ 33 Z. 5) Anerkennung gefunden hat, kommt nur dem eigentlichen Gastwirte, der den Gästen zugleich Wohnung gewährt, nicht auch dem Weinwirt, Bierwirt, Kaffeewirt u. s. w. zu. [2]) Der Gastwirt unterscheidet sich, soweit er Wohnungen vermietet, von dem gewöhnlichen Vermieter dadurch, dass er das Vermieten einzelner Räume im grossen betreibt und regelmässig auch auf kurze Zeit ohne die üblichen Kündigungsfristen vermietet. Das Absonderungsrecht der Z. 5, nicht das der Z. 4, muss aber auch dann zur Anwendung kommen, wenn ein einzelner Gast im Gasthof auf längere Zeit eine Wohnung gemietet hat. Der Gastwirt bleibt immer Gastwirt, wenn er auch ausnahmsweise einmal ein Zimmer auf längere Zeit vermietet, und kann deshalb das diesem zukommende Absonderungsrecht beanspruchen. Wenn die Dauer der Miete entscheiden

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 526, Bem. zu 4 lit. c.

[2]) Vgl. Fitting S. 177 § 19 Anm. 30; v. Wilmowski S. 210 Nr. 8. A. M. sind: Meves S. 64; v. Sarwey S. 379 Nr. 14; Stieglitz S. 291; v. Völderndorff Bd. I. S. 527; Willenbücher S. 89 Nr. 7 a.

sollte, wäre es sehr schwierig zu bestimmen, wann der Mieter aufhört, Gast zu sein. Abgesehen davon ist auch äusserlich nicht zu erkennen, ob das eine oder andere Verhältnis besteht. Die äusserlich erkennbare Eigenschaft der Forderung ist aber für das Absonderungsrecht von entscheidender Bedeutung. (Vgl. Vorbem. 2 zu § 39 S. 202.) Wenn jemand im Gasthofe wohnt, ist nach aussen hin für jedermann die Annahme gerechtfertigt, dass er sich als Gast in demselben aufhalte. [1]) Der Inhaber eines sogen. „Hôtel garni" wird als Gastwirt, nicht als Vermieter zu behandeln sein, da er das Vermieten von Wohnungen ganz ebenso betreibt, wie der Besitzer eines Gasthofes. [2]) Auch hier muss gelten, was bezüglich des Gastes bemerkt wurde, der auf längere Zeit eine Wohnung gemietet hat. Ausserdem steht das Absonderungsrecht auch dem Gastwirte nur wegen seiner Forderungen für Wohnung und Bewirtung, nicht aber wegen sonstiger Forderungen zu. Forderungen wegen Beschädigung der benutzten Räumlichkeiten oder Gegenstände werden allerdings als „Forderungen für Wohnung und Bewirtung" anzusehen sein. [3]) Insbesondere kann der Wirt, wie auch in den Motiven (S. 212) hervorgehoben wurde, wegen der Vorschüsse, die er dem Gaste gemacht hat, die Vorschrift des § nicht anrufen. Das Wort „Bewirtung" ist übrigens nicht bloss auf die eigentliche Verzehrung zu beschränken, sondern in einem weitern Sinne zu fassen, nach welchem alles, was gewöhnlich im Gasthofe entnommen und auf die Rechnung gesetzt wird (z. B. Omnibus, Gasthofwagen, Lichter, Bäder u. s. w.) hierher gehört. [4]) Das Absonderungsrecht bleibt nur solange in Kraft, als die eingebrachten Sachen zurückgehalten wurden, erlischt also, wenn der Gastwirt zugiebt, dass diese Sachen aus seinen Räumlichkeiten entfernt werden, und ihm dadurch die Möglichkeit benommen wird, sich derselben zu bemächtigen. Dass der Gastwirt von den betr. Sachen in besonderer Weise Besitz ergriffen hat, ist auch hier nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass dieselben in sein Haus „eingebracht" wurden und dort verblieben. (Bem. II. 2 d.) [5])

Bezüglich der Frage, ob sich das Absonderungsrecht auch auf Sachen bezieht, die nicht dem Gaste, sondern einem Dritten gehören, ist auf die obigen Ausführungen (Bem. II. 2. c.) zu verweisen. Die Vorschrift der preussischen Konkursordnung, nach welcher das Absonderungsrecht sich auch auf diejenigen Gegenstände erstreckt, welche der Gast ohne Einwilligung des Eigentümers zu verpfänden befugt ist, wurde aus den in den Motiven (Bem. II. 2. c.) angegebenen Gründen beseitigt. Der Gastwirt kann jedenfalls, wenn ein Gast mit seinen Angehörigen bei ihm eingekehrt ist, wegen der Forderung für Wohnung und Bewirtung dieser Personen auch die von den Angehörigen eingebrachten Sachen zurückhalten, da diese Personen als Gäste anzusehen sind, die von ihnen eingebrachten Sachen sonach dem Gastwirte haften. [6]) Dagegen wird er sich wegen der Forderung gegen den Dienstherrn nicht an die Sachen des Dienstboten halten können, denn gegen diesen steht ihm eine Forderung nicht zu. Er muss sich vielmehr wegen seiner Forderung an den Dienstherrn halten.

c. Absonderungsrecht von Künstlern, Werkmeistern u. s. w. (Z. 6.)

Das in Z. 6 aufrechterhaltene Absonderungsrecht kann nur für solche Forderungen in Anspruch genommen werden, welche „für Arbeit und Auslagen in Ansehung der ange-

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 527 Anm. 80. A. M. v. Wilmowski S. 210.

[2]) So auch v. Völderndorff Bd. I. S. 527 und v. Wilmowski a. a. O.

[3]) Vgl. v. Wilmowski a. a. O. A. M. sind: v. Sarwey S. 379 Nr. 14 und Stieglitz S. 291 Nr. V. 1.

[4]) Vgl. Stieglitz S. 291 Nr. V.; Willenbücher S. 89 Nr. 7b.; v. Wilmowski S. 210 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. I. S. 528, der das Absonderungsrecht auch auf kleinere Auslagen ausdehnt.

[5]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 529; v. Wilmowski S. 210 Nr. 8; Willenbücher S. 89 Nr. 7c.; ferner R.-G. (II.) 14. Nov. 1879, Entsch. Bd. I. S. 83 ff. A. M. v. Sarwey S. 380 Nr. 16; Stieglitz S. 291 Nr. V. 2.

[6]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 530.

fertigten oder ausgebesserten Sachen" entstanden sind, „nicht für andere infolge der Bestellung etwa gehabte Unkosten." (M. S. 214.) Dieses Absonderungsrecht wird in der Regel von selbständigen Meistern im Konkurs des Bestellers geltend gemacht werden; es steht aber auch den Arbeitern zu, welchen der Meister die Anfertigung oder Ausbesserung einer Sache übertragen hat und in deren Gewahrsam sich diese befindet. Hiebei kommt nichts darauf an, ob die Arbeit durch Stücklohn oder Tagelohn bezahlt wird; das Absonderungsrecht kann aber nur bezüglich des Arbeitslohnes in Ansehung der im Gewahrsam des Arbeiters befindlichen Sache geltend gemacht werden. Da in den §§ 40 und 41 nur bewegliche Sachen als Gegenstand des Absonderungsrechtes in Betracht kommen, versteht es sich auch von selbst, dass Werkmeister, welche auf dem Grundstücke des Gemeinschuldners Bauten vorgenommen haben, nicht auf Grund der Z. 6 ein Absonderungsrecht beanspruchen können, sondern nur auf Grund des § 39. [1]) Durch die Beifügung des Wortes „Künstler", das in § 33 der preussischen Konkursordnung fehlte, wurde ausser Zweifel gestellt, dass auch solche Arbeiten, welche nicht dem Bereiche des Handwerkes angehören sondern eine künstlerische Befähigung voraussetzen, durch das Vorzugsrecht geschützt sind. Das Absonderungsrecht ist durch fortdauernden Gewahrsam bedingt und kann deshalb, wenn mehrere Forderungsberechtigte vorhanden sind, nur von demjenigen Künstler, Handwerker u. s. w. beansprucht werden, welcher den zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstand in seinem Gewahrsam hat.

d. Verwendungen zum Nutzen einer Sache. (Z. 7.)

Das in Z. 7 geregelte Absonderungsrecht wirkt nur insoweit, als bei der Abforderung der Vorteil noch vorhanden war. Diese Beschränkung erklärt sich aus dem Grunde, der für die Anerkennung des Absonderungsrechtes bestimmend war. Da infolge der Herausgabe einer Sache an den Konkursverwalter der Vorteil, der sich aus einer Verwendung auf diese Sache ergiebt, der Konkursmasse zu gut kommt, muss der Verwalter, wie dies allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht, falls er dem Besitzer die Sache abfordert, zugleich den aufgewendeten Betrag vergüten, soweit der Masse aus der Verwendung ein Vorteil erwächst. Soweit ein solcher Vorteil bei der Abforderung nicht mehr vorhanden war, fehlt der Grund für das Absonderungsrecht. Dass dem Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, ist nicht erforderlich. [2]) Der Gläubiger kann sich auch im Gewahrsam der Sache befinden, ohne dass er zur Zurückbehaltung berechtigt ist. Es wird ferner durch die Konkursordnung nicht eine Forderung wegen der Verwendung begründet, sondern eine solche vorausgesetzt. Ob eine Forderung besteht, ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurteilen. Es können sich hienach bezüglich der Fragen, ob auch der unredliche Besitzer Ersatz verlangen kann und ob bloss notwendige oder auch nützliche Verwendungen zu ersetzen sind, Verschiedenheiten herausstellen. [3])

6. *Pfandrechte und Zurückbehaltungsrechte auf Grund des Handelsgesetzbuches.*

Z. 8.

Durch die Vorschrift in Z. 8 wird dem kaufmännischen Zurückbehaltungrechte das in den Art. 313—315 H.-G.-B. seinen Grund hat, und den gesetzlichen Pfandrechten, welche das H.-G.-B. gewährt, im Konkursverfahren ausdrücklich Geltung verschafft. Nach § 4 E.-G.

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 533 lit. f.; v. Wilmowski S. 210 Nr. 9; Willenbücher S. 90 Nr. 8.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 383; v. Völderndorff Bd. I. S. 535 lit. c.; v. Wilmowski S. 211. A. M. Stieglitz S. 296 Nr. VIII.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 385, 386 Nr. 22; Stieglitz S. 296 Nr. VIII.; v. Völderndorff Bd. I. S. 534, 535.

wären zwar die Bestimmungen des H.-G.-B. ohnedies in Kraft geblieben. Durch § 41 wird aber ausserdem festgestellt, dass die betr. Gläubiger den Faustpfandgläubigern gleichstehen. Der im Wesen von Zurückbehaltungsrecht und Pfandrecht begründete Unterschied wird dadurch nicht aufgehoben. [1]) In den Motiven wurde bezüglich des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechtes hervorgehoben, dass das Absonderungsrecht auch hier mit dem Besitze, der den Anspruch auf Befriedigung durch die Sache erzeuge, stehen und fallen müsse und ein Vorzugsrecht ohne Besitz nach Art des Code civil (Art. 2102 Nr. 3) nicht zu billigen sei. Der Gläubiger muss hienach die Sache bei Eröffnung des Konkursverfahrens noch im Gewahrsam gehabt haben, wenn ihm ein Absonderungsrecht an derselben zustehen soll. (M. S. 215.) Hinsichtlich der Bestimmungen des H.-G.-B. wurde dort verwiesen auf: Das Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgute und das Absonderungsrecht desselben an den als Forderungen des Kommittenten geltenden (Art. 368 Abs. 2) ausstehenden Kommissionsforderungen (Art. 374 Abs. 1 und 2); das Pfandrecht der Spediteure und Frachtführer an dem Frachtgute (Art. 382, 409, 410); sowie dasjenige der Verfrachter im Seehandel gegenüber dem Empfänger (Art. 624, 626, 615), dem Befrachter (Art. 629) und den Reisenden (Art. 675); die Pfandrechte der Vergütungsberechtigten bei grosser Haverei (Art. 727), der Gläubiger wegen Bergungs- und Hilfskosten (Art. 753); die gesetzlichen Pfandrechte der Schiffsgläubiger (Art. 757 ff.); ferner das Pfandrecht des Versicherungsnehmers an der Police und der Forderung des Versicherten gegen den Versicherer (Art. 893). (M. a. a. O.) Ausser den erwähnten Bestimmungen kommt noch in Betracht die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 20 und 21.

Das Zurückbehaltungsrecht an einem Grundschuldbriefe gewährt nach der preussischen Gesetzgebung kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der in Frage stehenden Grundschuld. Mit dem Besitze des Grundschuldbriefes ist nicht ohne weiteres ein Recht auf die Grundschuld selbst gegeben. Vielmehr bedarf es, wenn der Brief auf den Namen des Eigentümers lautet, eines Rechtsgeschäftes, um dem Besitzer des Grundschuldbriefes ein Recht auf die Grundschuld selbst zu verschaffen. [2])

7. *Absonderungsrecht zufolge eines Pfändungspfandrechtes. (Z. 9.)*

Das in Z. 9 gewährte Absonderungsrecht erstreckt sich auf jedes Pfandrecht, das durch eine Pfändung erworben wurde, also nicht bloss auf das Pfandrecht, das auf einer Vollstreckungspfändung (§ 709 C.-P.-O.) beruht, sondern, wie auch in den Motiven (S. 215) und in der Reichstagskommission (S. 150) hervorgehoben wurde, auch auf das Arrestpfand (§ 810 C.-P.-O.). [3]) Dieselbe Bedeutung muss einer im Verwaltungswege erfolgenden Sicherheits- oder Vollstreckungspfändung zukommen, sofern das Landesrecht einer solchen die gleiche Wirkung beilegt wie einer auf Grund der C.-P.-O. vorgenommenen Pfändung.

Das Absonderungsrecht des § 41 Z. 9 findet in allen Fällen statt, in welchen ein Pfändungspfandrecht zu Recht besteht, gleichviel ob der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Gegenstände in Besitz genommen oder dieselben im Gewahrsam des Schuldners belassen hat. Für die letztern Fälle hat die Vorschrift sogar besondere Bedeutung. In den Fällen, in welchen der Gerichtsvollzieher die Sachen in Besitz genommen hat, würde wohl § 40 genügen, da derselbe den Pfandbesitz nur für den beauftragenden Gläubiger aus-

[1]) R.-G. (I.) 24. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 80 ff.

[2]) R.-G. (III.) 22. Jan. 1886, Entsch. Bd. XV. S. 55 ff. bes. S. 59.

[3]) Vgl. Dernburg Bd. I. S. 336 § 146 Anm. 11, S. 901 § 364a.; Fitting S. 179; Meisner S. 189; v. Völderndorff Bd. I. S. 538; Willenbücher S. 91 Nr. 12; v. Wilmowski S. 212 Nr. 13. A. M. Meves S. 65.

üben kann. [1]) Wenn die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen wurden, ist die Wirksamkeit der Pfändung (also auch des Pfandrechtes und Absonderungsrechtes) dadurch bedingt, dass die Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder in sonstiger Weise ersichtlich gemacht wurde. (§ 712 C.-P.-O. Abs. 2.) Dadurch, dass die Siegel u. s. w. vom Schuldner oder einem Dritten entfernt werden oder im Laufe der Zeit ihre Erkennbarkeit verlieren, wird die Pfändung nicht unwirksam, sonach auch das mit derselben verbundene Pfandrecht und Absonderungsrecht nicht beseitigt. Es wird vielmehr nur von diesem Augenblicke an gutgläubiger Erwerb möglich. Dass die Voraussetzungen eines wirksamen Faustpfandrechtes vorliegen (§ 14 E.-G.), wird in Z. 9 sowenig wie in den vorhergehenden Vorschriften vorausgesetzt. [2])

Die Entstehungszeit des Pfändungspfandrechtes ist gleichgültig. Nach § 11 des E.-G. zur Konkursordnung finden die Bestimmungen dieses Gesetzbuches über die abgesonderte Befriedigung in allen nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursverfahren statt, gleichviel ob das Pfandrecht vor oder nach diesem Tage erworben wurde. Eine vor dem 1. Oktober 1879 bewirkte Pfändung einer Forderung begründet daher auch dort in dem später eröffneten Konkursverfahren ein Absonderungsrecht, wo, wie z. B. in Bayern, das Pfändungspfandrecht im Konkursverfahren ein Absonderungsrecht nicht gewährte. [3])

Die Pfändung des Anspruches auf Herausgabe einer Sache begründet lediglich ein Pfandrecht an diesem Anspruch, nicht aber ein solches an der Sache selbst, gewährt also auch kein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dieser Sache. (Bem. I. 3 S. 213.) Das Pfandrecht am Anspruche berechtigt vielmehr nur zur abgesonderten Befriedigung aus dem Erlöse dieses Anspruches, falls der Verwalter denselben veräussert hat.

Hat ein Gläubiger seinen Schuldner gemäss § 744 der C.-P.-O. von einer bevorstehenden Forderungspfändung benachrichtigt, wird aber dann das Konkursverfahren eröffnet, ehe die Pfändung bewirkt werden kann, so steht diesem Gläubiger ein Absonderungsrecht nicht zu. Die Benachrichtigung hat nach § 744 nur insofern die Wirkung eines Arrestes, als die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Diese Pfändung ist aber durch die Konkurseröffnung unmöglich geworden. (§ 11.) Der Fall liegt hier anders als bei § 806 der C.-P.-O., da die Wirkung des Arrestes aufschiebend bedingt ist. Auch wenn angenommen wird, nach § 744 trete die Wirkung des Arrestes sofort ein und werde nur nachträglich wieder aufgehoben, wenn es nicht zur Pfändung komme, ergiebt sich aber daraus, dass diese Pfändung infolge der Konkurseröffnung unterbleibt, dass die Benachrichtigung ihre Wirkung verliert. Die Konkurseröffnung selbst ist nicht Pfändung im Sinne der C.-P.-O., kann daher die nachträgliche Pfändung nicht ersetzen. Ebensowenig kann der auf Grund des § 108 erlassene „offene Arrest“ als Pfändung gelten. [4])

In der Reichstagskommission hatte Hullmann den Antrag gestellt, das Absonderungsrecht der Z. 9 auch auf das Pfandrecht auszudehnen, welches durch eine zur Abwendung einer Zwangsvollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erworben werde, und zwar geschah dies mit Rücksicht auf einen von der Justizkommission zu § 709 C.-P.-O.

1) Vgl. Kahn im Arch. für civ. Pr. Bd. 70 S. 431 ff. bes. S. 434.

2) Vgl. Petersen C.-P.-O. § 712 II. 1 S. 992; Struckmann-Koch das. S. 788; Seuffert S. 794; Gaupp Bd. III. S. 272; Wilmowski-Levy S. 905; Förster Bd. II. S. 473; Hellmann, Lehrb. S. 860; Mandry S. 346; R.-G. II. Strafs. 25. Okt. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 599; O.-L.-G. Hamburg 8. Nov. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 372; O.-L.-G. Kiel 22. Febr. 1886 und 7. Jan. 1887, Schlesw.-Holst. Anz. 1887. S. 69. A. M. Brettner in der jur. Wochenschr. 1884 S. 221; v. Völderndorff Bd. I. S. 539, 540 lit. d. Nr. II.; Reinke S. 627; Dernburg Bd. I. § 364 a. S. 942.

3) Vgl. v. Völderndorff in Buschs Zeitschr. Bd. II. S. 183 ff.

4) Vgl. Seuffert C.-P.-O. § 744 Nr. 3 S. 820; Struckmann-Koch das. Nr. 3 S. 821; v. Wilmowski-Levy das. Nr. 4 S. 940; ferner Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 279 und das von dems. angeführte Urt. des Kammergerichts. A. M. v. Völderndorff in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 168 ff.

beschlossenen Zusatz, nach welchem eine solche Sicherheitsleistung bezw. Hinterlegung in gleicher Weise wie die Pfändung ein Pfandrecht begründen sollte. Dieser Antrag wurde aber zurückgezogen, weil das Motiv desselben durch Streichung des von der Justizkommission beschlossenen Zusatzes hinfällig geworden sei. Bezüglich der Frage, welche rechtlichen Wirkungen der Sicherheitsleistung und Hinterlegung zukommen, ist Bem. I. 2. zu § 40 S. 207 zu vergleichen.

§ 42.

Wer nach der Eröffnung des Konkursverfahrens oder mit Kenntnis des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Konkursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, dass dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Konkursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, dass der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

E. § 42; M. S. 220, 221; K. S. 45.

1) Da die Ausschliessung anderer als der in den vorstehenden §§ anerkannten Absonderungsansprüche und die Abgrenzung ihres Umfanges über das Geltungsgebiet der Konkursordnung nicht mit Sicherheit hinausreicht, ein im Auslande d. h. ausserhalb des Deutschen Reiches wohnender Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes vielmehr auf Grund des ausländischen Rechtes ein nach den Vorschriften der Konkursordnung unstatthaftes Absonderungrecht auszuüben vermag, soll durch § 42 den inländischen Konkursgläubigern das Mittel genommen werden, die für sie massgebenden Bestimmungen des Gesetzes zu umgehen. Dies geschieht dadurch, dass der inländische Konkursgläubiger, welcher in der im § angegebenen Weise die Vorschriften der Konkursordnung zu umgehen sucht, für den der Konkursmasse dadurch entstehenden Schaden verantwortlich gemacht wird. Hiebei kommt nichts darauf an, ob im Inlande überhaupt kein Absonderungsrecht gewährt werden würde oder ob das im Inlande gewährte Absonderungsrecht einen geringern Umfang als das ausländische hat. In beiden Fällen wird durch die Geltendmachung des ausländischen Absonderungsrechtes die Konkursmasse vermindert. Die Staatsangehörigkeit des Erwerbers ist ebenso gleichgültig wie die des Veräusserers. Auch ist es unerheblich ob der zur Konkursmasse gehörige Gegenstand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist. Durch die Vorschrift des § wird nicht bloss der ursprüngliche, sondern jeder weitere Veräusserer, bei dem die Voraussetzungen des Gesetzes vorliegen, betroffen. In § 49 wird die Vorschrift des § 42 auch für die Fälle als anwendbar erklärt, in welchen es sich um eine nach der Konkursordnung unzulässige Aufrechnung handelt. Das E.-G. enthält in § 10 eine Übergangsbestimmung bezüglich der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung abgetretenen oder erworbenen Forderungen.

Dass die im § vorgesehene Übertragung, falls dieselbe unter Inländern geschah, nach den §§ 12 und 23 ff. unwirksam bezw. anfechtbar sein könne, wurde in der Reichstagskommission (K. S. 45) hervorgehoben. Die entsprechende Anwendung des § 26 besteht darin, dass die Klage auf Ersatz des der Konkursmasse entgangenen Betrages nicht mehr auf die Kenntnis von der Zahlungseinstellung gestützt werden kann, wenn die Übertragung schon

mehr als sechs Monate vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat. Im übrigen ist auf die Erläuterungen zu § 26 zu verweisen. Bezüglich der Zeitbestimmung „nach Eröffnung des Konkursverfahrens“ ist Bem. I. 4 zu § 6 S. 39, hinsichtlich des Begriffes „Zahlungseinstellung“ Bem. I. 3 zu § 23 S. 109 ff. zu vergleichen.

2) Bei Berechnung des Betrages, welcher der Konkursmasse zu ersetzen ist, muss berücksichtigt werden, dass der Ersatzpflichtige einen Teil der Forderung aus der Masse erhalten haben würde, wenn die Übertragung der Forderung nicht stattgehabt hätte. Es ist sonach der Masse nur derjenige Betrag zu ersetzen, welcher bei der Anmeldung nicht berücksichtigt worden wäre. Da sich vor Beendigung des Konkursverfahrens nicht genau berechnen lässt, welche Dividende sich ergeben wird, und der Anspruch aus § 42 sofort geltend gemacht werden kann, ist aber bei Berechnung des Ersatzanspruches der Anspruch auf Dividende nur insoweit zu berücksichtigen, als er zur Zeit der Geltendmachung bereits feststeht, und im übrigen dem Schuldner die Geltendmachung seines Anspruches auf Rückerstattung in der Form der Konkursforderung vorzubehalten.[1]) Die Ausübung des im § vorgesehenen Anspruches steht nur dem Konkursverwalter zu, welcher die Konkursmasse zu verwalten und die zu derselben gehörigen Forderungen geltend zu machen hat.[2]) Dies ergiebt sich schon aus § 5. Es bedarf also der Bezugnahme auf § 29 nicht, um ein Klagerecht der einzelnen Konkursgläubiger auszuschliessen. Der Konkursverwalter hat zur Begründung des Anspruches die Vornahme der Rechtshandlung, den Zeitpunkt derselben und die Kenntnis des Erwerbers von dem Eröffnungsantrag oder der Zahlungseinstellung bezw. die Absicht des an eine Mittelsperson Veräussernden nachzuweisen. In den Motiven (S. 221) wurde bemerkt, wenn mehrere Personen aus den im § vorgesehenen Handlungen ersatzpflichtig seien, hätten dieselben als Gesamtschuldner zu haften. Diese Bemerkung trifft aber nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Wenn die in Frage stehenden Personen teils als Veräusserer teils als Mittelspersonen in Anspruch genommen werden, so haftet allerdings jede für das Ganze, weil sie die Abtretung der ganzen Forderung bewirkt hat. Hienach kann z. B. sowohl von dem Forderungsinhaber, der seine Forderung einer Mittelsperson übertragen hat, als von dieser Mittelsperson, welche die Forderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Konkursmasse gehörigen Gegenstandes abtrat, der ganze der Konkursmasse zu erstattende Betrag verlangt werden, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen der Erstattungspflicht vorliegen. Steht dagegen die abgetretene Forderung mehreren Personen, z. B. mehreren Miteigentümern der dem Gemeinschuldner verkauften Sache oder mehreren Miterben derart zu, dass die Forderung von Rechts wegen unter diese Personen geteilt ist, so kann nicht von jedem der einzelnen Gläubiger der ganze Betrag gefordert werden. Vielmehr hat der Konkursverwalter, da der Sache nach mehrere Forderungen vorhanden waren und mehrere Übertragungen stattfanden, von den einzelnen Gläubigern nur den Betrag zu fordern, welcher der Masse durch die Veräusserung ihrer Forderung entzogen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn die Forderungen der nämlichen im Auslande wohnenden Person übertragen worden sind.[3])

§ 43.

Hat der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkursverfahrens eine Erbschaft erworben, so können die Nachlassgläubiger

[1]) Vgl. Fuchs S. 68; Meves S. 69; v. Sarwey S. 393; v. Völderndorff Bd. I. S. 544 lit. k.; Willenbücher S. 92 Nr. 2; v. Wilmowski S. 215. A. M. ist Fitting S. 182 § 19 Anm. 41 insofern, als er annimmt, der Veräusserer müsse stets den ganzen Betrag bezahlen und abwarten, was er bei der Verteilung davon zurückerhalte.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 392; Stieglitz S. 300, 301; v. Völderndorff Bd. I. S. 544 lit. i; v. Wilmowski S. 214.

[3]) Vgl. Fitting § 19 Nr. III. S. 182.

und Vermächtnisnehmer abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung vorhandenen Nachlassgegenständen verlangen, soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht.

(E § 43; M. S. 221 ff.; K. S. 45; pr. K.-O. § 37 und §§ 256—262.)

1) Die Anwendung des § setzt vor allem voraus, dass der Gemeinschuldner eine Erbschaft vor Eröffnung des Konkursverfahrens erworben hat, was nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen ist. (Bem. III. 3 zu § 1.) Aber auch wenn dieser Fall gegeben ist, haben die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer ein Recht auf abgesonderte Befriedigung nur „soweit ihnen ein Absonderungsanspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zusteht." Die Konkursordnung hat sowohl den Bestand als den Umfang des Absonderungsrechtes von den Vorschriften des Landesrechtes abhängig gemacht. Hienach können sich die Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer nicht mehr auf § 43 berufen, wenn der Absonderungsanspruch nach den Landesgesetzen durch Zeitablauf oder in anderer Weise erloschen ist. Das in § 43 eingeräumte Absonderungsrecht ist auf die zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen „Nachlassgegenstände" beschränkt, erstreckt sich also nicht auf solche Gegenstände, welche zwar ursprünglich einen Bestandteil des Nachlasses bildeten, diese Eigenschaft aber zur Zeit der Konkurseröffnung verloren hatten. Welche Gegenstände noch zum Nachlass gehören, ist nach dem geltenden Landesrechte zu beurteilen. Insbesondere ist dieses bezüglich der Frage massgebend, ob der Kaufpreis für einen veräusserten Nachlassgegenstand an dessen Stelle getreten ist, bezw. dessen Eigenschaft erhalten hat. (Vgl. sächs. B.-G.-B. § 2341.)[1] Der Absonderungsanspruch ist hier wie überall zugunsten der Forderung als solcher eingeräumt. Ob und wem ein Vermächtnisanspruch zusteht, ist nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an welchem der Erblasser seinen letzten Wohnsitz hatte, denn dieses Recht ist bezüglich des Inhaltes der letztwilligen Verfügungen massgebend.[2]) Der Wohnort des Erblassers ist aber in der Regel auch als Sitz der Forderungen gegen denselben anzusehen, sonach hinsichtlich der Ansprüche der Nachlassgläubiger entscheidend. Allerdings gehen in letzterer Beziehung die Ansichten auseinander.[3]) Die Frage, ob einem Nachlassgläubiger ein Absonderungsrecht zusteht, wird aber jedenfalls nach dem Rechte zu beurteilen sein, unter dessen Herrschaft der Nachlass steht.

2) Ein Absonderungsrecht steht nur den Nachlassgläubigern und Vermächtnisnehmern wegen ihrer Ansprüche gegen die dem Gemeinschuldner zugefallene Erbschaftsmasse zu. Dagegen wurde unter Abweichung von § 260 der preussischen Konkursordnung davon abgesehen, auch den Gläubigern des Erben, wie es im preussischen A. L.-R. (I. 16 §§ 507 ff.) und im Code civil (Art. 881) geschehen ist, ein Absonderungsrecht am eigenen Vermögen des Erben zu gewähren und sie so gegen die unbedingte Annahme einer überschuldeten Erbschaft zu sichern. Diese Annahme unterscheidet sich in nichts von andern Handlungen, durch welche eine Person ein Rechtsgeschäft eingeht, das ihre Gläubiger benachteiligt. Da der Konkursverwalter die einmal verlorene Rechtswohlthat nicht mehr erlangen kann, ist er auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes angewiesen. (M. S. 223; Bem. I. 3 a. E. zu § 22 und Bem. 2 zu § 30.)

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 394 Nr. 2; Stieglitz S. 309; Willenbücher S. 93 Nr. 3; Mandry S. 292. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 551 lit. f., der das Absonderungsrecht ohne Rücksicht auf das Landesrecht auf die in Natur vorhandenen Nachlassgegenstände beschränkt. Hinsichtlich des französischen Rechtes sind die Art. 878 ff. und 2111 des Code civil massgebend.

[2]) Vgl. Windscheid Bd. I. S. 94 § 35 Nr. 5; Eccius Bd. I. S. 64, 65 § 11 Nr. 7.

[3]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 60 ff. § 11 Nr. 3 b. und c.; Dernburg Bd. I. S. 55 § 28 Anm. 2; Windscheid a. a. O. S. 91.

3) Damit das Absonderungsrecht des § ausgeübt werden kann, wird keineswegs eine Überschuldung des Nachlasses vorausgesetzt. Auch wurde davon abgesehen, für den Fall der Überschuldung eine besondere aus den Nachlassgegenständen bestehende Masse zu bilden und ein besonderes Verfahren zum Zwecke der Befriedigung der Nachlassgläubiger vorzuschreiben, wie es § 259 der preussischen Konkursordnung vorgesehen hatte. Die Nachlassgegenstände können zwar aus Zweckmässigkeitsgründen einer getrennten Verwaltung unterworfen werden. Rechtlich bilden dieselben aber keine Vermögenseinheit, sondern kommen nur als einzelne Sachen in Betracht. Dadurch wird die abgesonderte Befriedigung der Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer nicht beeinträchtigt.

Hatte der Erbe die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann die Unzulänglichkeit des Nachlasses allerdings zur Eröffnung eines besondern Konkursverfahrens über den Nachlass führen. (§ 203.) Dieser Konkurs ist aber, obgleich ein anderes Konkursverfahren über das Vermögen des Erben neben demselben herläuft, kein blosser Teilkonkurs, sondern ein allgemeiner Konkurs. Auch handelt es sich dann für die Nachlassgläubiger nicht mehr um Geltendmachung eines Absonderungsrechtes.

Ergiebt sich nach Befriedigung der Absonderungsberechtigten noch ein Überschuss aus dem Erlöse der einen Bestandteil der Konkursmasse bildenden Gegenstände, so ist derselbe zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden. Andererseits können die Absonderungsberechtigten ihre Forderungen insoweit, als sie mit derselben bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen sind, als Konkursgläubiger anmelden. (§ 57.)

4) Das Absonderungsrecht des § 43 ist ebenso wie alle übrigen Absonderungsrechte dem Verwalter gegenüber geltend zu machen und wird nicht von Amts wegen berücksichtigt. (M. S. 222; Bem. II. 2 und 3 zu § 3.) Das Recht der Ausübung steht jedem einzelnen Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer unabhängig von den übrigen zu. Hievon abweichende Bestimmungen des Landesrechtes sind aufgehoben Die das „erbschaftliche Liquidationsverfahren“ betreffende Vorschrift in § 15 Z. 3 des E.-G. zur C.-P.O. trifft hier nicht zu. Die Geltendmachung des Absonderungsrechtes gegenüber dem Konkursverwalter ist grundsätzlich verschieden von einem solchen Liquidationsverfahren. Ausserdem sagt die angeführte Bestimmung nur, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über das Liquidationsverfahren von der C.-P.-O. unberührt bleiben. Das Verhältnis derselben zur Konkursordnung, welche die Art und Weise, in der die Absonderungsrechte geltend zu machen sind, erschöpfend geordnet hat, wird durch das E.-G. zur C.-P.-O. nicht geregelt.[1])

An eine besondere Ausschlussfrist (§ 256 pr. Konkursordnung) wurde die Ausübung nicht gebunden, „weil sich eine solche nur bei einer Hereinziehung der Absonderungsgläubiger in das Konkursverfahren rechtfertigen lasse.“ (M. S. 222.) Wenn der Anspruch nicht vor Abschluss der Verteilung geltend gemacht wird, kann derselbe aber verloren gehen. (Bem. II. 3 zu § 3 S. 26.) Ausserdem laufen die Berechtigten, wenn sie ihr Absonderungsrecht nicht sofort geltend machen, Gefahr, dass die Nachlassgegenstände verschwinden oder sich doch vermindern. Sie haben deshalb auch — abgesehen von der Rücksicht auf landesgesetzliche Fristen (Bem. 1) — alle Veranlassung, ihre Erklärung möglichst früh abzugeben.

§ 44.

Wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigentume, in einer Gesellschaft oder in einer anderen Gemeinschaft befindet, kann wegen der auf ein solches Verhältnis sich gründenden For-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 304 Nr. III.; v. Völderndorff Bd. I. S. 547 lit. c. Nr. I.; Wengler S. 328 Nr. 3; Willenbücher S. 93 Nr. 4; v. Wilmowski S. 216. A. M. v. Sarwey S. 394 Nr. 3.

derungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Anteile des Gemeinschuldners verlangen.

(E. § 44; M. S. 223 ff.; K. S. 44 ff.; pr. K.-O. §§ 36 u. 291.)

1) Durch § 44 wird die Vorschrift des § 14 ergänzt, nach welchem die Teilung einer Gemeinschaft, in welcher sich der Gemeinschuldner befindet, ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat. Die Frage, ob und inwieweit sich die Gemeinschafts- oder Gesellschaftsgläubiger mit ihren Ansprüchen beteiligen können, ist, wie auch in den Motiven (S. 224) hervorgehoben wurde, nach bürgerlichem Rechte zu entscheiden. Es bleiben hienach alle Vorschriften, in welchen das Recht der Gläubiger, bei der Teilung mitzuwirken anerkannt ist, insbesondere Art. 882 C. c. unberührt. Die im gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob der Anteil des Gemeinschuldners zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller Konkursgläubiger verwendet werden oder ob die Teilnehmer wegen ihrer aus dem Gemeinschaftsverhältnis entspringenden persönlichen Forderungen an dem Anteil des Gemeinschulders gegenüber dessen sonstigen Gläubigern (Privatgläubigern) ein Absonderungsrecht geniessen sollen, wird in § 44 in letzterem Sinne beantwortet. Auch das hier geregelte Absonderungsrecht wird nur auf Antrag berücksichtigt.

2) Die Gebiete, auf welche sich die Anwendung der §§ 14 und 44 erstreckt, decken sich nicht vollständig. Nach beiden Vorschriften ist erforderlich, dass der Gemeinschuldner sich mit dem Dritten in einem Miteigentum, in einer Gesellschaft oder in einer andern Gemeinschaft befindet. § 44 bezieht sich sonach im allgemeinen ebenso wie § 14 auf jede vermögensrechtliche Gemeinschaft, in welcher der Gemeinschuldner zu einem Dritten steht. Es wird jedoch immer ein Gemeinschaftsvermögen vorausgesetzt, an welchem sich ein Anteil des Gemeinschuldners ermitteln lässt. Auch § 44 kommt hienach ebenso wie § 14 zur Anwendung, wenn ein Mitglied einer eingetragenen Genossenschaft in Konkurs geraten ist. Wegen der Forderungen, welche der Genossenschaft auf Grund des bestehenden Gesellschaftsverhältnisses gegen den Genossenschafter zustehen, kann dieselbe abgesonderte Befriedigung aus der Summe verlangen, welche das Guthaben des Gemeinschuldners darstellt und dessen Anteil am Genossenschaftsvermögen bildet, dem Genossenschafter aber herausgegeben werden muss, soweit das Guthaben nicht im Interesse der Genossenschaft zu verwenden ist.[1]) Wird dagegen über das Vermögen des Aktionärs einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien der Konkurs eröffnet, so kann § 44 nicht zur Anwendung kommen, weil hier aus dem Gesellschaftsverhältnisse Forderungen der einzelnen Aktionäre gegeneinander nicht entstehen, die Rechte, welche dem Aktionär am Vermögen der ein selbständiges Rechtssubjekt bildenden Aktiengesellschaft zustehen, aber weder thatsächlich noch rechtlich als Gemeinschaftsrechte anzusehen sind. Das Vermögen der Aktiengesellschaft ist nicht gemeinschaftliches Vermögen der Aktionäre; es giebt hier nicht Geschäftsanteile wie bei der eingetragenen Genossenschaft. Auch sind diese Ansprüche immer dem Betrage nach ein für allemal bestimmt und nicht erst durch eine Teilung oder Auseinandersetzung zu ermitteln.[2]) Dasselbe gilt von der Gewerkschaft (neuern Rechtes), welche ebenfalls ein Absonderungsrecht am Kuxe des Gewerken wegen rückständiger Zubussen nicht geltend machen kann, weil ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinne des § 44 hier nicht besteht, bezw. eine Teilung oder Auseinandersetzung, bei welcher dem Gewerken ein erst zu ermittelnder Anteil zufiele, nicht stattfindet.[3]) Der Kux stellt

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 218.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 411 Nr. 4; Stieglitz S. 313 Nr. II.; Willenbücher S. 95; v. Wilmowski S. 219 Nr. 2.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 15. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 274 ff. bes. S. 287; Stieglitz a. a. O.

nicht einen Anteil des Gewerken am Vermögen der Gewerkschaft dar, sondern ist nur „das Mitgliedsrecht, kraft dessen man an Gewinn und Verlust der Gewerkschaft beteiligt ist.“ [1]) Was die stille Gesellschaft anbelangt, so findet zwar in Ansehung derselben nach Art. 215 H.-G.-B. eine Auseinandersetzung statt, auf welche § 14 insofern Anwendung findet, als dieselbe ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt. (Bem. zu § 14.) Ein wirkliches Gemeinschaftsverhältnis, wie es in § 44 vorausgesetzt wird, besteht aber zwischen dem Inhaber des Handelsgewerbes und dem stillen Gesellschafter nicht. Vielmehr ist der letztere im Verhältnisse zu dem erstern nur als dessen Gläubiger anzusehen. Er kann deshalb, wenn über das Vermögen des Inhabers das Konkursverfahren eröffnet wird, wegen seiner Forderungen bezüglich der Einlage ein Absonderungsrecht nicht geltend machen, sondern diese Forderung nur als Konkursgläubiger anmelden. (M. S. 225.) [2]) Inwieweit durch die ehelichen Güterverhältnisse eine Vermögensgemeinschaft im Sinne des § 44 begründet wird, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen. [3]) Unzweifelhaft ist hienach diese Voraussetzung des § 44 bei der allgemeinen Gütergemeinschaft sowie bei der auf einen Teil des Vermögens der Eheleute beschränkten Gemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft erfüllt. Ebenso unzweifelhaft wird durch die sogenannte Gütereinheit oder Verwaltungsgemeinschaft, bei der eine wirkliche Gemeinschaft des Vermögens nicht entsteht, sondern jedem Ehegatten sein Vermögen verbleibt, die Anwendung des § nicht begründet. Der Umstand, dass der Ehemann das Vermögen beider Ehegatten zu verwalten hat, erzeugt eine Vermögensgemeinschaft, wie sie § 44 voraussetzt, nicht. Bei der teilweisen Gütergemeinschaft muss, da dieselbe auf bestimmte Vermögensteile beschränkt ist, zunächst eine Ausscheidung des zur Gemeinschaft gehörigen Vermögens erfolgen, damit der reine Anteil des Gemeinschuldners (nach § 14) ermittelt wird, welcher sich nach Abzug der Gemeinschaftsschulden ergiebt und allein zur Befriedigung der Konkursgläubiger dient d. h. in die Konkursmasse fliesst. Wenn die Ehefrau, wie es nach württembergischem Rechte der Fall ist, bei Inanspruchnahme ihrer „weiblichen Freiheiten“ auf ihren Anteil an der Errungenschaft verzichtet und ihre Ansprüche auf die Rückforderung des von ihr eingebrachten Vermögens sowie auf Ersatz für die nicht mehr vorhandenen Vermögensstücke beschränkt, so entsteht die Frage, ob dieselbe wegen dieser Ersatzforderung abgesonderte Befriedigung aus dem zur Konkursmasse gehörigen errungenschaftlichen Vermögen verlangen kann. Diese Frage ist zu verneinen. Dadurch, dass die Ehefrau die „weiblichen Freiheiten“ anruft, wird die bisher bestehende teilweise Gütergemeinschaft aufgehoben. Was die Ehefrau zu fordern hat, verlangt sie nicht auf Grund eines Gemeinschaftsverhältnisses, sondern auf Grund ihres Einbringens, dessen Rückgabe ihr gerade dadurch gesichert wird, dass eine Gemeinschaft zufolge ihrer Erklärung nicht besteht. Von einer Teilung und Auseinandersetzung zwischen den Eheleuten in Ansehung des „errungenschaftlichen Vermögens“ ist nicht die Rede. Vielmehr gehört dieses dem Ehemanne, weil die bisher bestehende Gemeinschaft durch die Erklärung der Ehefrau beseitigt wird: das dem Ehemanne verbleibende Vermögen kann deshalb auch nicht als ein „bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelter Anteil des Gemeinschuldners“ an einem Gemeinschaftsvermögen bezeichnet werden. [4])

[1]) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechtes Bd. I. S. 303 § 61.

[2]) Vgl. Stieglitz, Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.; v. Sarwey S. 407; v. Völderndorff Bd. I. S. 554.

[3]) Vgl. hiezu v. Sarwey S. 269 ff., 415 ff.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 29. Mai 1883, Entsch. Bd. IX. S. 92 ff.; Probst im württemb. Gerichtsbl. Bd. 19 S. 13 ff.; Stieglitz S. 318 Nr. V. 2; v. Wilmowski S. 218. A. M. v. Sarwey, Komm. S. 417 Nr. 8 und württemb. Arch. Bd. 17 S. 436 ff., Bd. 22 S. 107 ff.; Stahl ebendas. Bd. 19 S. 292 ff. 308 ff.; Mandry S. 295 § 28 Anm. 22; O.-L.-G. Stuttgart 12. Okt. 1880, württemb. Arch. Bd. 21 S. 380 ff.)

Dasselbe muss gelten, wenn unter der Herrschaft des rheinischen Rechtes die Ehefrau nach Auflösung der gesetzlichen Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft, insbesondere nach erfolgter Gütertrennung in wirksamer Weise auf die Gütergemeinschaft verzichtet hat und nun das von ihr eingebrachte Vermögen vom Ehemanne zurückfordert oder wegen der nicht mehr vorhandenen Gegenstände Ersatz verlangt, oder wenn dies seitens ihrer Erben geschieht. (Art. 1453—1466 und 1492—1495 C. c.) Auch wegen derartiger Forderungen kann das in § 44 vorgesehene Absonderungsrecht nicht geltend gemacht werden, da durch den Verzicht der Ehefrau bezw. ihrer Erben das vorher bestehende Gemeinschaftsverhältnis beseitigt worden ist und eine Teilung oder Auseinandersetzung im Sinne des § 44 nicht stattfindet, sonach auch das dem Ehemanne infolge des Verzichtes zugefallene Vermögen nicht als ein „bei der Teilung ermittelter Anteil des Gemeinschuldners" angesehen werden kann. [1])

3) Das Absonderungsrecht des § steht nur den Teilhabern an einer vermögensrechtlichen Gemeinschaft zu. Die Gemeinschaftsgläubiger können dasselbe nicht anrufen. Überhaupt wird denselben in der Konkursordnung ein Absonderungsrecht nicht eingeräumt. Unter Umständen können dieselben sich vielleicht auf das durch § 43 aufrechterhaltene Absonderungsrecht stützen. Die Bestimmungen des H.-G.-B. (Art. 119, 122, 169) zugunsten der Gläubiger einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft wurden durch § 3 E.-G. aufrechterhalten. Der Vorbehalt in Art. 122 H.-G.-B., durch welchen der Landesgesetzgebung die Einräumung weiterer Absonderungsrechte gestattet wurde, hat durch § 4 E.-G. seine Kraft verloren. [2]) Zugunsten der Teilhaber greift das Absonderungsrecht überall Platz, wo ein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden ist, dessen Teilung (nach § 14) ausserhalb des Konkursverfahrens verlangt werden kann und an welchem dem Gemeinschuldner ein „Anteil" zusteht. Immer wird jedoch vorausgesetzt, dass die Gemeinschaft zur Zeit der Konkurseröffnung noch bestanden hat („befindet"). Wer auf Grund einer schon vor der Konkurseröffnung beendigten Auseinandersetzung an den Gemeinschuldner etwas zu fordern hat, kann sich auf § 44 nicht berufen, diese Forderung vielmehr nur als Konkursgläubiger anmelden. [3]) Der Umstand, dass die Gesellschaft oder Gütergemeinschaft u. s. w. bereits vor der Konkurseröffnung aufgehoben worden ist, also für die Zukunft keine Wirkungen mehr äussert, schliesst, selbst wenn die Auseinandersetzung bereits begonnen hat, die Anwendung des § 44 nicht aus. Es besteht dessenungeachtet noch eine vermögensrechtliche Gemeinschaft und hat eine Teilung oder Auseinandersetzung zu erfolgen, bei welcher der Anteil des Gemeinschuldners zu ermitteln ist.

4) Zu den Forderungen, welche durch ein Absonderungsrecht geschützt sind, gehören vor allem diejenigen Ansprüche der einzelnen Teilnehmer, welche aus deren in einer Samtverbindlichkeit oder sonstwie begründeten Verpflichtung entspringen, für die Schulden der Gemeinschaft einzustehen. Der Rechtssatz: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno" rechtfertigt, wie in den Motiven bemerkt wurde, ohnehin die Befugnis für die Teilnehmer bei der Teilung des Gemeinschaftsvermögens zunächst die gesamten Gemeinschulden aus der Masse zu bezahlen. Dieses Recht erschien aber nicht als genügend. Den Teilhabern an der Gemeinschaft soll vielmehr auf Grund des angeführten Rechtssatzes auch wegen ihrer eigenen aus dem Gemeinschaftsverhältnisse entstandenen Forderungen ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zustehen, insbesondere wegen ihrer Ansprüche aus Verwendungen auf Rückgabe eines zu Gemeinschaftszwecken gegebenen Darlehens, sowie für Schadenersatz-

[1]) Vgl. Dreyer-Zachariä § 521 Bd. III. S. 316 ff.; R.-G. (II.) 20. Juni 1884, Entsch. Bd. XII. S. 336.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 408, 409; Stieglitz S. 317.

[3]) Vgl. Meves S. 67; v. Sarwey S. 411, 412 Nr. 5, S. 414 Nr. 7; Stieglitz S. 318; Willenbücher S. 95 Abs. 2; v. Wilmowski S. 217. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 555 lit. d.

forderungen wegen pflichtwidrigen Verhaltens.[1]) Dass nur der reine Anteil (Nettoanteil) des Gemeinschuldners zur abgesonderten Befriedigung dient, ergiebt sich aus § 14, da die Auseinandersetzung ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt und das Absonderungsrecht sich nur auf den Anteil erstrecken kann, der bei diesem Verfahren ermittelt wird und in die Konkursmasse fällt. Dies gilt auch dann, wenn die einzelnen Teilhaber einen bestimmten Bruchteil des gemeinsamen Vermögens zu beanspruchen haben, also der dem Gemeinschuldner zukommende Bruchteil im allgemeinen feststeht. Auch in diesem Falle muss berechnet werden, wie gross der Anteil ist, welcher sich hieraus ergiebt, da die Höhe des Aktivvermögens mit in Betracht kommt.[2]) Soweit die Teilhaber aus dem Anteil des Gemeinschuldners nicht befriedigt werden, können sie ihre Forderungen als Konkursgläubiger anmelden. (§ 57.)

Soweit es sich um Ersatzforderungen für stattgehabte Verwendungen handelt, kann das Absonderungsrecht aus § 44 mit dem aus § 41 Z. 7 zusammentreffen. Dasselbe kann aber auch dann noch praktische Bedeutung haben, weil es nicht den Gewahrsam voraussetzt und nicht auf den Betrag des noch vorhandenen Vorteils beschränkt ist. Das Absonderungsrecht, das einem Dritten nach § 41 Z. 7 zusteht, wird demjenigen des Miteigentümers vorgehen, weil der Dritte erst, wenn er befriedigt ist, die Sache herauszugeben braucht oder wenigstens die Rückgabe an die Bedingung knüpfen kann, dass er aus dem Erlöse vor den übrigen Gläubigern befriedigt wird. (§ 117 Abs. 1.)[3])

Das Absonderungsrecht dient nur zur Befriedigung solcher Forderungen, welche einem Teilhaber zustehen. Auf Forderungen anderer Personen erstreckt sich dasselbe auch dann nicht, wenn deren Ansprüche in dem Gemeinschaftsverhältnisse ihren Grund haben. Der Dritte steht nicht in dem Verhältnisse, das in § 44 vorausgesetzt wird. Der Teilhaber aber kann nicht abgesonderte Befriedigung wegen einer Forderung verlangen, welche nicht ihm, sondern einem Dritten zusteht. Diese Beschränkung ist allerdings im Gesetze selbst nicht ausgesprochen. Aber sie ergiebt sich aus der Natur der Sache.[4]) Haftet ein Teilhaber für die Forderung eines Dritten, so kann er allerdings seine Rückgriffsforderung geltend machen und wegen derselben abgesonderte Befriedigung verlangen.[5]) Aber diese Forderung ist von derjenigen des Dritten verschieden. Der Dritte, der etwas an die Gesellschaft bezw. Gemeinschaft zu fordern hat, bedarf übrigens auch eines Absonderungsrechtes nicht, da bei der Teilung der Gemeinschaft zunächst für die Bezahlung der Schulden gesorgt werden muss und nur der nach Abzug der Gemeinschaftsschulden sich ergebende reine Anteil des Gemeinschuldners in die Konkursmasse gelangt. (Bem. zu § 14.) Nur in diesem Sinne wurde auch in den Motiven (S. 224) auf die Befugnis der Teilhaber verwiesen, bei der Teilung zunächst die Gemeinschaftsschulden zu tilgen.

In der Reichstagskommission hat Goldschmidt zwar anerkannt, dass der Anteil des Gemeinschuldners nur als reiner Anteil d. h. nach Abzug der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haftenden Schulden zur Konkursmasse gezogen werden könne, die weitergehende Vorschrift des § 44 dagegen bekämpft. Es geschah dies aber ohne Erfolg. Ob die Forderung des Teilnehmers in dem Miteigentum bezw. dem Gesellschafts- oder Gemeinschaftsverhältnisse oder in andern Verhältnissen ihren Grund hat, wird im einzelnen Falle unschwer zu entscheiden sein. In der Reichstagskommission wurde die Frage gestellt, ob

[1]) Fitting S. 180 § 19 Anm. 37; v. Sarwey S. 412; Stieglitz S. 314, 315; v. Völderndorff Bd. I. S. 557, 558; Willenbücher S. 95 Nr. 3.

[2]) Vgl. Dernburg Bd. II. S. 292 § 117; v. Sarwey S. 414 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. I. S. 556; Willenbücher S. 95 Nr. II.; v. Wilmowski S. 218. A. M. Stieglitz S. 317 Nr. V., der annimmt, das Absonderungsrecht sei an dem „ideellen Brutto-Anteil“ des Gemeinschuldners geltend zu machen.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 410.

[4]) A. M. Fitting S. 180 § 19 Anm. 37; v. Sarwey S. 412 ff. Nr. 6; Willenbücher S. 95 Nr. 3.

[5]) Vgl. Stieglitz S. 313, 314.

das Absonderungsrecht des § stattfinde, wenn ein Gesellschafter dem andern, dem der Konkurs drohe, ein Darlehen gebe, um ihm aufzuhelfen, „und dadurch die im Konkursfalle eintretende Liquidation zu verhüten." Darauf wurde bemerkt, die Entscheidung derartiger Fragen möge man ruhig der Auslegung überlassen, „welche in einem gegebenen Falle ohne Schwierigkeit ermitteln werde, ob das Darlehen zu Gesellschaftszwecken gegeben sei oder nicht." (K. S. 45, 46.)

5) Das Absonderungsrecht erfasst den ganzen Anteil des Gemeinschuldners an dem in Frage stehenden Vermögen, gleichviel aus welchen Gegenständen derselbe zusammengesetzt ist. Je nachdem derselbe aus körperlichen Sachen oder aus Forderungen besteht, kann aber die Form, in welcher der Absonderungsanspruch geltend zu machen ist, verschieden sein. Besteht der Anteil des Gemeinschuldners in einer Forderung desselben an den Absonderungsberechtigten, so kann ungeachtet der Vorschriften des § 48 eine gegenseitige Aufrechnung stattfinden. [1])

Das Absonderungsrecht geht nicht notwendig dadurch verloren, dass der Konkursverwalter vor Geltendmachung desselben die zur Gemeinschaft gehörigen Gegenstände, z. B. ein im Miteigentum des Gemeinschuldners stehendes Haus oder Grundstück veräussert hat. Durch eine derartige Veräusserung wird — auch wenn dieselbe als rechtswirksam anzusehen ist — die zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Teilhabern bestehende Gemeinschaft und die nach § 14 zu bewirkende Teilung oder sonstige Auseinandersetzung nicht ausgeschlossen. Es besteht aber auch das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Teilung zu ermittelnden Anteil des Gemeinschuldners fort. Auch dadurch wird das Absonderungsrecht nicht beseitigt, dass der Verwalter den Erlös aus der Veräusserung ganz oder, soweit derselbe nach seiner Auffassung zur Masse gehört, einzieht. Der Anteil des Gemeinschuldners bildet ja einen Bestandteil der Masse. Dadurch, dass er auch äusserlich mit dieser vereinigt wird, kann das Absonderungsrecht der Teilhaber ebensowenig beseitigt werden, wie dadurch, dass der Verwalter ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück veräussert und den Erlös an sich nimmt. Erst durch die Verteilung der Masse wird die Geltendmachung des Absonderungsrechtes ausgeschlossen. (§§ 141—143, 149 ff.)[2])

§ 45.

Die Befriedigung der Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommiss-Gläubiger erfolgt abgesondert aus dem Lehen, Stammgute oder Familienfideikommisse nach den Vorschriften der Landesgesetze.

(E. § 45; M. S. 225; K. S. 46; pr. K.-O. § 36 Abs. 2.)

Soweit die stiftungsmässigen Bestandteile von Lehen- oder von Stammgütern oder Familienfideikommissen oder das Einkommen aus solchen überhaupt zur Konkursmasse des derzeitigen Besitzers gehören (Bem. I. 3 zu § 1), haben die Lehen-, Stammguts- oder Fideikommiss-Gläubiger einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus denselben vor den Allodial- oder Konkursgläubigern. In welcher Weise, in welchem Umfang und in welcher Reihenfolge diese Befriedigung stattfindet, ist gemäss § 5 Z. 1 E.-G. nach den Bestimmungen der Landesgesetze zu entscheiden. (M. S. 225.)

Das Landesrecht ist insbesondere bezüglich der Frage massgebend, welche Forderungen zur abgesonderten Befriedigung berechtigen und ob der Gemeinschuldner aus den zur abgesonderten Befriedigung dienenden Vermögensteilen Unterhalt beanspruchen kann. Da § 45

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 414.

[2]) A. M. v. Sarwey S. 417 Nr. 9; v. Völderndorff Bd. I. S. 558, 559.

nicht wie die §§ 40, 41, 43 und 44 bloss die Befugnis einräumt, abgesonderte Befriedigung zu verlangen, sondern schlechtweg auf die Landesgesetze verweist, ist die abgesonderte Befriedigung, sofern die Landesgesetze dies vorschreiben, von Amts wegen zu bewirken.[1]) Das Landesrecht nach § 5 Z. 1 E.-G. ist in jeder Richtung massgebend.

Sechster Titel.

Aufrechnung.

(§§ 46—49.)

Vorbemerkungen.

1) Während das Recht der Aufrechnung gewöhnlich auf das Interesse des Schuldners begründet wird (interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere), geht das Gesetz im Anschluss an die preussische Konkursordnung von der Auffassung aus, dass es sich bei dem Konkurse wesentlich darum handle, die Rechte des Gläubigers und die Frage zu regeln, inwieweit ein Konkursgläubiger, der zugleich Schuldner des Gemeinschuldners sei, sich auf das Konkursverfahren einzulassen habe. In der That entspricht es auch der Natur der Sache, dass die Stellung des Aufrechnenden als eines Gläubigers in den Vordergrund gestellt wurde, denn im Konkursverfahren hat die Aufrechnung weniger den Zweck, die Zahlung zu vermeiden, als denjenigen, dem Gläubiger für die Forderung an den Gemeinschuldner eine Deckung zu gewähren. Die Aufrechnung leistet hier denselben Dienst wie ein Absonderungsrecht. Dem Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Erlöse einer zur Konkursmasse gehörigen Sache entspricht das Recht, eine Summe, welche an den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners zu zahlen und an sich zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden wäre, statt dessen zur abgesonderten Tilgung der Konkursforderung zu verwenden. (M. S. 226.)[2])

Aus diesem Standpunkte erklärt es sich zunächst, dass die Konkursordnung dem Rechte der Aufrechnung die Stelle unmittelbar hinter den Absonderungsrechten anweist. Ebenso wird dadurch die Vorschrift begründet, dass ein gültig erworbenes Recht zur Aufrechnung, auch wenn dasselbe noch nicht ausgeübt werden kann, im Konkurse doch die Kraft eines Anspruchs auf Deckung ausübt. Hierin liegt eine Erweiterung der Befugnis zur Aufrechnung, welche die Konkursordnung im Verhältnisse zum allgemeinen bürgerlichen Rechte gewährt. (§ 47.) Auf dem dargelegten Grundsatze beruhen aber auch die weiteren, eine Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis enthaltenden Vorschriften des Gesetzes (§§ 48, 49). Die Konkursmasse, welche von dem etwaigen sonstigen Vermögen des Gemeinschuldners abgesondert worden ist, dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger. Wie nun das Recht auf diese Absonderung und auf ausschliessliche gemeinschaftliche Befriedigung aus der Konkursmasse dem nach der Konkurseröffnung erfolgenden Erwerbe von Absonderungsrechten einzelner Gläubiger an den zur Masse gehörigen Sachen entgegensteht (§§ 11 und 12), so kann auch ein Gläubiger nicht mehr das Recht zur Aufrechnung gegenüber einer Forderung des Gemeinschuldners und für eine Forderung an denselben erwerben, nachdem jene Bestandteil der Aktivmasse geworden und die letztere Forderung der Passivmasse einverleibt worden ist. Wenn durch die Konkurseröffnung eine Forderung die Eigenschaft einer Konkursforderung erhalten hat, so behält sie diese Eigenschaft auch dann,

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 420 Nr. 2a.

[2]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation S. 26 ff.

wenn schon vor der Eröffnung des Verfahrens einem Schuldner des Gemeinschuldners ein Anspruch auf den Erwerb derselben zustand. (M. S. 227, 228.)

Bezüglich des zeitlichen Geltungsgebietes der §§ 46—49 ist § 10 des E.-G. zu vergleichen.

2) Wenn die sich gegenüberstehenden Forderungen örtlich verschiedenen Rechtsgebieten angehören, so ist die Aufrechnung bezüglich derselben nur unter der Voraussetzung zulässig, dass dieselbe nach dem bürgerlichen Rechte des Ortes gestattet ist, an welchem die Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, ihren Sitz hat. (Bem. 1 zu § 43 S. 231.) [1]) Ob auch die andere Forderung zur Aufrechnung geeignet ist, kommt nicht in Betracht, weil der Aufrechnende darauf verzichten kann, aus der Eigenschaft derselben einen Einwand abzuleiten. Der Schuldner, dessen Forderung zur Aufrechnung geeignet ist, kann aufrechnen, obgleich er dem Gegner die Aufrechnung verwehren könnte.

3) Soweit der oben (Bem. 1) dargelegte Standpunkt nicht in Betracht kommt, belässt es die Konkursordnung bei den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, die namentlich bezüglich der allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung massgebend sind. Soweit das bürgerliche Recht dies zulässt, kann hienach die Aufrechnung auch durch condictio indebiti nachgeholt werden, wie es z. B. das gemeine Recht (l. 16 § 1 D. de comp. 16, 2 und l. 30 D. de cond. indebiti 12, 6) gestattet.[2]) Hat der Gläubiger, welcher aufrechnen will, an den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Schuld bezahlt, weil er von der ihm zustehenden zur Aufrechnung geeigneten Gegenforderung keine Kenntnis hatte, so kann er hienach, falls das bürgerliche Recht dies gestattet, mit der schon vor der Konkurseröffnung begründeten condictio indebiti die Rückgabe des Gezahlten bezw. die Wiederherstellung des durch die Zahlung aufgehobenen Schuldverhältnisses verlangen und seine wiederhergestellte Forderung zur Aufrechnung verwenden. Es liegen dann zwei Tilgungen vor: 1) eine durch Zahlung, 2) eine durch Aufrechnung; die erstere muss rückgängig gemacht werden. Hat der Gläubiger seine Schuld an den Verwalter bezahlt, so kann er, wenn dessenungeachtet die Voraussetzungen der cond. indebiti vorliegen, das Gezahlte immerhin vom Verwalter zurückfordern. Auch steht ihm dann eine Masseforderung zu, da die Konkursmasse als bereichert erscheint. (§ 52 Z. 3.) War dagegen die Zahlung vor der Konkurseröffnung an den jetzigen Gemeinschuldner erfolgt, so ist der gezahlte Betrag als Gegenstand einer Konkursforderung zurückzuverlangen. Soweit nach dem bürgerlichen Rechte einzelne Forderungen, z. B. Ansprüche auf fortlaufende Unterstützung, aus dem Niederlegungs- oder Verwahrungsvertrag u. s. w., der Aufrechnung überhaupt entzogen sind, ist diese im Konkursverfahren gleichfalls ausgeschlossen. Auch gelten die durch die Konkursordnung angeordneten Erweiterungen und Beschränkungen nur für die Zwecke des Konkursverfahrens und für die Dauer desselben. Mit der Aufhebung des Konkursverfahrens treten wieder die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes in Kraft. Ausserhalb des Konkursverfahrens kann sich der Gläubiger auf die ihm für dasselbe (in § 47) gewährten Begünstigungen nicht berufen.[3]) Ebensowenig kann der ehemalige Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkursverfahrens die dem Gläubiger für die Dauer desselben (in den §§ 48 und 49) auferlegten Beschränkungen geltend machen. (M. S. 228.) Dass bei einer etwaigen Nachtragsverteilung, welche einen Bestandteil des Konkursverfahrens bildet, die für dieses Verfahren geltenden Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, ist selbstverständlich. Dagegen kann § 48, der sich nur auf die Aufrechnung „im Konkursverfahren“ bezieht, nicht zur Anwendung kommen, wenn ein Gläubiger nach Aufhebung dieses Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber eine Aufrechnung vornimmt, zu der er im Verfahren nicht berechtigt war, was vorkommen kann, wenn der Verwalter die Schuld des Gläubigers nicht

[1]) Vgl. v. Bar S. 276, 277; v. Völderndorff Bd. I. S. 565.

[2]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 10 ff.

[3]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 124, 125. A. M. Schultze S. 80.

kannte oder für uneinbringlich hielt. Die in Frage stehende Schuld hätte allerdings zu einer Nachtragsverteilung Veranlassung geben können. Allein wenn diese versäumt wurde, können die Vorschriften der Konkursordnung deshalb doch nicht ausserhalb des Konkursverfahrens zur Anwendung kommen.[1]) Über das Konkursverfahren hinaus bleiben nur diejenigen Wirkungen desselben in Kraft, welche einem Zwangsvergleich bezüglich solcher Forderungen zukommen, die nach den §§ 48, 49 der Aufrechnung entzogen waren. Diese Forderungen können zwar nachträglich dem Gemeinschuldner gegenüber zur Aufrechnung benutzt werden. Sie können aber, da der über die Dauer des Konkursverfahrens hinaus wirkende Zwangsvergleich auch sie berührt, nur in demjenigen Betrage geltend gemacht werden, welcher sich nach dem Zwangsvergleiche ergiebt. (M. S. 228.)[2]) Eine durch Aufrechnung erloschene Forderung wird natürlich durch den Zwangsvergleich nicht berührt.[3])

Da die Aufrechnung nicht voraussetzt, dass die Forderung des aufrechnenden Gläubigers im Konkursverfahren angemeldet worden sei, und der aufrechnende Gläubiger seine Befriedigung nicht im Konkursverfahren sondern ausserhalb desselben sucht, ist die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht dadurch bedingt, dass die Forderung in diesem Verfahren überhaupt hätte geltend gemacht werden können. Es ist sonach — vorbehaltlich der in § 48 vorgesehenen Beschränkung — auch ein solcher Gläubiger zur Aufrechnung befugt, dessen Forderung durch § 56 Z. 3 und 4 betroffen wird.[4]) Dasselbe gilt von natürlichen Verbindlichkeiten, soweit sich dieselben überhaupt nach dem bürgerlichen Rechte zur Aufrechnung eignen. Daraus, dass die Befugnis zur Aufrechnung ähnliche Wirkungen wie das Absonderungsrecht hat, ergiebt sich nicht, dass § 3 der erwähnten Aufrechnung entgegengehalten werden kann. Denn die Aufrechnungsbefugnis ist desshalb nicht als ein eigentümlich geartetes Absonderungsrecht anzusehen, vielmehr besonderen Regeln unterworfen.[5])

4) Der Gläubiger des Gemeinschuldners kann auf die Befugnis zur Aufrechnung durch einseitige Erklärung oder Vertrag verzichten. Er ist nicht genötigt, die ihm gewährte Vergünstigung auszunützen. Auch erwächst aus seinem Verzichte den übrigen Gläubigern kein Schaden, sondern ein Vorteil. Dagegen können die in den §§ 48 und 49 vorgesehenen Beschränkungen der Aufrechnungsbefugnis, welche im Interesse der Gläubiger gegeben sind, nicht durch einen zwischen dem Gläubiger und dem Gemeinschuldner abgeschlossenen Vertrag aufgehoben werden. Eine nach der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner getroffene Verfügung ist nach § 6 nichtig. Aber auch ein vorher getroffenes Abkommen kann dem

[1]) Anders bezüglich des österreichischen Rechtes v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 128, in dessen Sinne auch das preussische Obertrib. am 16. Febr. 1860 bez. der preussischen Konkursordnung entschied, Striethorst, Arch. Bd. 36 Nr. 57, 58 S. 211 und 216.

[2]) Das preussische Obertribunal entschied am 16. Febr. 1860 (Entsch. Bd. 43 Nr. 60 S. 439 ff., Striethorst, Arch. Bd. 36 Nr. 57 S. 211 ff.) und am 19. Juni 1860 (Entsch. Bd. 43 Nr. 62 S. 452 ff.), dass ein Gläubiger, der im Konkursverfahren nicht aufrechnen konnte, nach Aufhebung des Konkurses zur Aufrechnung berechtigt sei, sich jedoch, falls ein Zwangsvergleich abgeschlossen wurde, mit der Accordrate begnügen müsse. Dagegen entschied dasselbe am 2. Juli 1861 (Striethorst, Arch. Bd. 42 Nr. 43 S. 228 ff.), dass der Gläubiger, der sich nicht auf das Konkursverfahren einzulassen brauchte und nicht auf dasselbe eingelassen hat, an den Zwangsvergleich nicht gebunden sei. Dieselbe Auffassung herrscht in Frankreich. V. Alauzet, droit commercial Bd. VI. Nr. 2506 S. 150 ff. und das von demselben angeführte Kassationsurteil vom. 24. Nov. 1841, Dalloz, Rep. v° faillite Nr. 251. Vgl. auch: v. Sarwey S. 425; Stieglitz S. 335; v. Wilmowski S. 221; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 129, 130.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 425; Stieglitz S. 335; v. Wilmowski S. 221.

[4]) Vgl. Fitting S. 188 § 21 Anm. 3 (anders anscheinend S. 72, 73 § 8 Anm. 21); Mandry S. 387 § 43 Nr. I. 4; Meves S. 69; v. Sarwey S. 431 ff.; Stieglitz S. 333; v. Völderndorff Bd. I. S. 566; v. Wilmowski S. 223 und 224. A. M. Dernburg Bd. II. S. 300 § 120 Anm. 8.; Willenbücher S. 98 Nr. 4.

[5]) Vgl. v. Sarwey S. 430, 431; Stieglitz S. 334; Willenbücher S. 98 Nr. 5; v. Wilmowski S. 223.

Konkursverwalter nicht entgegengehalten werden. Insbesondere muss die Ausnahme, welche das preussische A. L.-R. in den §§ 322 ff. Teil I. Tit. 16 zugunsten des Pächters zuliess, weil sie gegen den in § 12 der Konkursordnung aufgestellten Grundsatz verstösst, als beseitigt angesehen werden. (M. S. 228.)[1])

5) Die Befugnis des Konkursverwalters, gegen die Forderung eines Konkursgläubigers eine Schuld desselben an den Gemeinschuldner aufzurechnen, wird durch die in den §§ 47—49 enthaltenen Bestimmungen nicht berührt. Vielmehr ist die Zulässigkeit einer derartigen Aufrechnung lediglich nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. (Vgl. Bem. I. zu den §§ 47 und 48.) Zur Aufrechnung gegenüber den Konkursgläubigern ist lediglich der Konkursverwalter befugt, der nach § 5 die Masse zu verwalten, sonach auch für die Einziehung der zu derselben gehörigen Forderungen zu sorgen hat. Die einzelnen Konkursgläubiger können sich, soweit nach dem bürgerlichen Rechte die Aufrechnung eine Erklärung des aufrechnenden Schuldners erfordert, auf die Zulässigkeit der Aufrechnung nicht berufen insbesondere auch nicht im Prüfungstermine dieselbe geltend machen, um die Forderung des in Frage stehenden Konkursgläubigers zu bestreiten.[2]) Nur sofern die Aufrechnung sich von Rechts wegen vollzieht, können auch die einzelnen Gläubiger geltend machen, dass die angemeldete Forderung nicht mehr bestehe, sondern durch Aufrechnung erloschen sei. Auch das Recht, die Zulässigkeit der von einem Gläubiger verlangten Aufrechnung zu bestreiten, steht übrigens nur dem Konkursverwalter, nicht den einzelnen Konkursgläubigern zu. Die Aufrechnung, welche infolge einer vom Verwalter abgegebenen Erklärung eingetreten ist, bindet auch den Gemeinschuldner, weil dieser alle vom Konkursverwalter als seinem Vertreter vorgenommenen Rechtshandlungen anerkennen muss.[3])

§ 46.

Soweit ein Gläubiger zu einer Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen.

(E. § 46; M. S. 229; K. S. 46; pr. K.-O. § 95.)

1) Durch § 46 wird die im frühern gemeinen Rechte bestrittene Frage, ob der zur Aufrechnung befugte Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren anmelden muss oder von der Einlassung in dasselbe befreit ist, im letztern Sinne entschieden. Die hier geschaffene Vorschrift stellt lediglich fest, dass der Gläubiger sich ebenso wie der Absonderungsberechtigte ausserhalb des Konkursverfahrens Befriedigung verschaffen darf. Sofern die Voraussetzungen zur Aufrechnung vorliegen (Vorbem. 1 und 2), hat der betr. Gläubiger einfach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu genügen und kann es, wenn der Verwalter seine Forderung oder seine Aufrechnungsbefugnis nicht anerkennt, darauf ankommen lassen, dass dieser gegen ihn Klage erhebt. Bleibt nach geschehener Aufrechnung noch ein Teil seiner Forderung in Kraft, so kann er diesen im Konkursverfahren geltend machen. Diese Regelung des Verhältnisses zwischen dem zur Aufrechnung befugten Gläubiger und dem Konkursverwalter steht nicht mit dem Satze im Widerspruch, dass die Aufrechnung regelmässig eine Thätigkeit der Beteiligten voraussetzt, denn die Erklärung des Gläubigers braucht nicht vor Gericht und noch weniger in Gegenwart der Konkursgläubiger abgegeben zu werden. Vielmehr genügt eine aussergerichtliche Erklärung, welche gegenüber dem

1) So entschied auch das preussische Obertrib. am 9. Jan. 1856, Striethorst, Arch. Bd. 19 S. 252 ff. Vgl. v. Sarwey S. 425.

2) Vgl. Fitting S. 197 § 21 Anm. 25; Hullmann S. 184; v. Sarwey S. 441 Nr. 3c.; Stieglitz S. 333; Wengler S. 339. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 564 Anm. 12.

3) A. M. v. Canstein in Grünhuts Zeitschr. Bd. IX. S. 487.

Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners abgegeben wird. Die Konkursgläubiger haben umsoweniger ein Recht auf Zuziehung zum Aufrechnungsverfahren und auf Prüfung desselben, als der Gläubiger nicht aus der Konkursmasse, sondern aus einem von derselben abgesonderten Gegenstand befriedigt wird. Über die Frage, ob eine solche Befriedigung zulässig ist, hat lediglich der Konkursverwalter zu entscheiden. (Vgl. M. S. 229 und Vorbem. 5.)

2) Daraus, dass die Aufrechnung aus dem Konkursverfahren hinausgewiesen worden ist, ergiebt sich, dass die Vollziehung derselben sich nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu richten hat. Nach diesem ist auch, falls auf der einen Seite mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen vorhanden sind, zu beurteilen, wem das Wahlrecht bezüglich der aufzurechnenden Forderung zusteht und welche Forderung von der Aufrechnung betroffen wird, wenn eine Erklärung in dieser Beziehung nicht erfolgt ist. Die Ansicht, dass der Gläubiger immer das Wahlrecht habe, kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass demselben ein Absonderungsrecht zustehe, denn ein solches liegt, jedenfalls der Form nach und soweit es sich um das Aufrechnungsverfahren handelt, nicht vor.[1]) Nicht die Vorschriften über die Geltendmachung des Absonderungsrechtes, sondern die Bestimmungen über die Art und Weise der Aufrechnung sind massgebend. Soweit nicht besondere Vorschriften bestehen, werden die Grundsätze massgebend sein, welche in Ansehung der Anrechnung von Zahlungen gelten.[2]) Die Anmeldung der Forderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, im Konkursverfahren enthält nicht notwendig einen Verzicht auf die Aufrechnungsbefugnis, denn der Gläubiger kann gute Gründe haben, die Forderung ungeachtet der Aufrechnungsabsicht anzumelden. Insbesondere kann derselbe die Absicht haben, die Forderung des Gemeinschuldners zu bestreiten und für den Fall, dass er mit der Bestreitung nicht durchdringt, aufzurechnen.[3]) Ebenso steht die Annahme von Teilzahlungen der Aufrechnung bezüglich der Restforderung nicht im Wege.[4]) Dagegen wird die Aufrechnung im Konkursverfahren dadurch ausgeschlossen, dass der Gläubiger den vollen, auf seine Forderung treffenden, Anteil am Erlöse der Masse annimmt. Ebenso kann der Gläubiger nicht mehr aufrechnen, wenn er sich an einem Zwangsvergleiche beteiligt, denn dadurch wird seine Forderung ebenso wie durch Zahlung getilgt.[5])

3) Wenn die Forderung des Gläubigers grösser als die des Gemeinschuldners ist, kann er selbstverständlich den überschiessenden Betrag derselben im Konkursverfahren anmelden. Hat der Gläubiger in einem solchen Falle die ganze Forderung angemeldet, dann aber aufgerechnet, so wird die Anmeldung auf die Restforderung beschränkt, weil der übrige Teil der Forderung durch Aufrechnung getilgt ist. Eine (entsprechende) Anwendung des § 57 kommt schon aus diesem Grunde nicht in Frage.[6])

§ 47.

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden For-

[1]) Vgl. Willenbücher S. 99 Nr. 7; v. Wilmowski S. 224. A. M. Fitting S. 191 § 21 Anm. 12; v. Sarwey S. 433; Stieglitz S. 336; v. Völderndorff Bd. I. S. 567 Nr. IV.

[2]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 606; Meisner S. 198 ff.; v. Sarwey S. 434; Stieglitz S. 336.

[3]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 316 § 120 Anm. 6; Eccius Bd. I. S. 604 § 94 Nr. III.; Hullmann S. 189; Meisner S. 201, 205; v. Sarwey S. 436; Stieglitz S. 337; v. Völderndorff Bd. I. S. 569; Wengler S. 344; Willenbücher S. 98 Nr. 6; v. Wilmowski S. 223; R.-O.-H.-G. 11. Juni 1873, Entsch. Bd. 10 S. 165 ff.

[4]) Vgl. Fitting S. 196 § 21 Anm. 22; Meisner S. 201; v. Sarwey S. 436, 437; Willenbücher S. 98 Nr. 6; v. Wilmowski S. 223. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 569.

[5]) Vgl. Hullmann S. 189; v. Sarwey S. 436. A. M. Fuchs S. 82; Stieglitz S. 337.

[6]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 570. A. M. v. Sarwey S. 435.

derungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 58 zu berechnen.

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 62, 63 zu berechnen.

(E. § 47; M. S. 229—234; K. S. 46 und 58; pr. K.-O. § 96 Z. 3.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Durch § 47, dessen Vorschriften im allgemeinen denen der preussischen Konkursordnung (§ 96 Z. 3) entsprechen, wurde sowohl das gemeine Recht als das französische Recht in mehrfacher Beziehung abgeändert, indem die Aufrechnung im Konkurse gestattet wird, obgleich die durch das Gegenübertreten der Forderung und Gegenforderung erworbene Aufrechnungsbefugnis vor der Konkurseröffnung noch nicht ausgeübt worden ist und auch nicht ausgeübt werden konnte. (M. S. 230.) Im wesentlichen haben diese Vorschriften in der bereits oben (Vorbem. 1) dargelegten Auffassung ihren Grund, dass bei der Aufrechnung im Konkursverfahren die Stellung des Gläubigers entscheidend sei und für diesen die Aufrechnung ein Deckungsmittel bilde, das ihm nicht geschmälert werden dürfe. Die Folgerungen aus dieser Auffassung wurden in den Motiven (a. a. O.) im einzelnen dargelegt und die Vorschriften des § ausführlich gerechtfertigt.

In erster Linie handelt es sich hiebei um betagte und aufschiebend bedingte Forderungen, bezüglich deren die Aufrechnung für zulässig erklärt wird, gleichviel ob es auf der einen oder der andern Seite oder auf beiden Seiten an der Fälligkeit fehlt bezw. die Geltendmachung der Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt. Ausserdem wird aber durch den § auch die Frage geregelt, ob und inwieweit die Aufrechnung durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen sein soll. Die hier vorgesehenen Erweiterungen kommen allen Gläubigern des Gemeinschuldners zu gut, auch wenn dieselben nicht als Konkursgläubiger anzusehen sind. Insbesondere dürfen dieselben auch von solchen Gläubigern angerufen werden, welche ihre Forderungen nach § 56 Z. 3 und 4 nicht im Konkursverfahren anmelden können. (Vergl. Vorbem. 3 a. E. S. 240.) Die Vorschrift in Abs. 1 bezüglich der betagten und bedingten Forderungen bezieht sich, wie die Fassung der Vorschrift ergiebt, nicht bloss auf die Fälle, in welchen solche Forderungen auf Seite der Gläubiger vorliegen, sondern findet auch insoweit Anwendung, als die Forderung des Gemeinschuldners eine betagte oder bedingte ist. Der Aufrechnung seitens des Gläubigers würde dieser Umstand wohl überhaupt nicht im Wege stehen. Jedenfalls wird durch § 47 Abs. 1 ein etwa bestehendes Hindernis beseitigt. Der Konkursverwalter wird dagegen, wie sich auch aus Abs. 2 ergiebt, durch § 47 Abs. 1 nicht in die Lage versetzt, von der Aufrechnungsbefugnis Gebrauch zu machen, obgleich die Forderung des Gemeinschuldners be-

tagt oder bedingt ist. Seine Aufrechnungsbefugnis wird durch § 47 nicht berührt. (Vergl. Vorbem. 5 S. 241.)[1])

II. Aufrechnung mit betagten Forderungen.

1. Betagtheit der Konkursforderung.

Wenn die Forderung eines Konkursgläubigers betagt ist, so soll dieser Umstand mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 58 Abs. 1 der Aufrechnung mit einer Forderung des Gemeinschuldners nicht im Wege stehen, weil die Konkurseröffnung die Fälligkeit der Forderung und damit die Zulässigkeit einer sofortigen Aufrechnung bewirkt. (M. S. 231.) Auch die bis zur Konkurseröffnung aufgelaufenen Zinsen können zur Aufrechnung benutzt werden. Die später fällig gewordenen Zinsen sind nach § 48 von der Aufrechnung ausgeschlossen.[2]) Ist die Forderung des Konkursgläubigers verzinslich, so wird sie ihrem ganzen Betrage nach zur Aufrechnung verwandt. Ist sie unverzinslich, so muss sich der Gläubiger für die Zeit von der Konkurseröffnung bis zur Verfallzeit gemäss § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug bringen lassen. Betagt ist eine Forderung zwar auch dann, wenn sie auf wiederkehrende Leistungen gerichtet ist. Hier muss jedoch die Umrechnung nach § 63 erfolgen.[3]) Ist die Forderung betagt, der Tag der Fälligkeit aber ungewiss, so kommt § 62 zur Anwendung.[4])

2. Betagtheit der Forderung des Gemeinschuldners.

Wenn die Forderung des Konkursgläubigers fällig ist, während die Erfüllung der ihm obliegenden Verbindlichkeit erst nach Ablauf einer bestimmten Frist verlangt werden kann, so darf derselbe seine Forderung im Konkursverfahren ohne Rücksicht auf seine Schuld geltend machen. Der Konkursverwalter hat kein Recht, jenen auf die Aufrechnung zu verweisen. (M. S. 233 u. Bem. I. a. E.) Er ist jedoch ebenso berechtigt, sofort aufzurechnen, und kann nur in diesem Falle, wie auch in den Motiven (a. a. O.) hervorgehoben wurde, selbst dann keine Zwischenzinsen verlangen, wenn die Forderung des Gemeinschuldners unverzinslich ist. Es ergiebt sich dies schon aus Abs. 2 des §, nach welchem nur die betagte Forderung des gegenüber dem Konkursverwalter aufrechnenden „Gläubigers" gemäss § 58 zu berechnen ist. Ausserdem muss in der Aufrechnung mit der betagten Forderung ein Verzicht auf die dem Gläubiger zustehende Zahlungsfrist gefunden werden. (M. S. 233.) Nur wenn der vor dem Verfalltage zahlende Schuldner nach Übereinkunft oder Handelsgebrauch berechtigt ist, ohne Einwilligung des Gläubigers den Zwischenzins abzuziehen, ist derselbe auch im Falle der Aufrechnung hiezu befugt.[5]) Ist in einem solchen Falle die Forderung des Gläubigers verzinslich, so kann derselbe nur mit solchen Zinsen aufrechnen, welche bis zur Konkurseröffnung aufgelaufen waren. (Vgl. Bem. II. 1.)[6]) Hat der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren angemeldet, so wird er dadurch nicht des Rechtes

[1]) Vgl. Meisner S. 203, 204; v. Sarwey S. 441; Stieglitz S. 333 lit. B. Nr. 2a.; v Völderndorff Bd. I. S. 563, 564; Wengler S. 339; Willenbücher S. 99 Nr. 1; v. Wilmowski S. 219, 222 und 224 a. E.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 431; Willenbücher S. 99 Nr. 2; v. Wilmowski S. 225 Nr. 2b.

[3]) Vgl. Fitting S. 189 § 21 Anm. 5; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 69; v. Sarwey S. 438, 440 Nr. 3a.; v. Wilmowski S. 225.

[4]) Vgl. Fuchs S. 83 Nr. 5; Rintelen a. a. O.; Wengler S. 342.

[5]) Vgl. Meisner S. 204; Stieglitz S. 339; v. Völderndorff Bd. I. S. 575 Anm. 12; Willenbücher S. 100 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 225 Nr. 2. A. M. ist v. Sarwey S. 440 Nr. 3b., welcher dem Gläubiger die Aufrechnung nur dann gestatten will, wenn die Frist in dessen Interesse beigefügt worden ist. Zu dieser Unterscheidung giebt aber § 47 Abs. 1 keine Veranlassung.

[6]) A. M. Hullmann S. 190; Stieglitz S. 339; Willenbücher S. 100 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 225; v. Völderndorff Bd. I. S. 573.

verlustig, wenn die Forderung des Gemeinschuldners fällig wird, oder auch früher doch noch von der Aufrechnung Gebrauch zu machen, denn er war nicht verpflichtet, auf die ihm zustehende Frist zu verzichten, und in der vorsorglichen Anmeldung seiner Forderung liegt nicht die Erklärung, dass er überhaupt nicht aufrechnen wolle. (M. a. a. O.)[1]) Auch in diesem Falle liegt in der Annahme von Abschlagszahlungen nicht notwendig ein Verzicht auf die Aufrechnung. Nur dadurch wird diese ausgeschlossen, dass der Gläubiger seinen vollen Anteil am Erlöse der Masse annimmt oder sich an einem Zwangsvergleiche beteiligt. (Bem. 2 zu § 46 S. 242.) Auch wenn beide Forderungen betagt sind, kann die Aufrechnung sofort erfolgen. Die Forderung des Gläubigers wird nach § 58 durch die Konkurseröffnung fällig. Der Umstand, dass die Forderung des Gemeinschuldners betagt ist, steht aber der Aufrechnung seitens des Gläubigers nicht im Wege.

III. Aufrechnung mit bedingten Forderungen.

Ist die Forderung des Konkursgläubigers von einer auflösenden Bedingung abhängig, so steht dies der Geltendmachung derselben und folgeweise der Aufrechnung mit einer unbedingten Forderung nicht im Wege, da auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind (§ 59). Ebenso muss sich der Konkursgläubiger die Aufrechnung mit einer auflösend bedingten Forderung des Gemeinschuldners gefallen lassen. Auf derartige Forderungen finden die Vorschriften des § keine Anwendung. (M. S. 232.) Ein Recht auf Sicherstellung für den Fall des Eintrittes der auflösenden Bedingungen ist, sofern nicht das bürgerliche Recht ein solches gewährt, nicht begründet. Der Gläubiger wird jedoch gut daran thun, seine Forderung vorsorglich für den Fall des Eintrittes der auflösenden Bedingung im Konkursverfahren anzumelden.

Ist die Forderung des Konkursgläubigers von einer aufschiebenden Bedingung abhängig, so kann, so lange die Bedingung schwebt, nicht aufgerechnet werden. Die bedingte Forderung berechtigt nicht dazu, die Erfüllung der unbedingten Schuld zu verweigern oder zu verzögern. Damit die spätere Ausübung des Aufrechnungsrechtes gesichert und das für den Konkurs begründete Recht der Deckung des Gläubigers durch seine Schuld nicht geschmälert wird, kann dieser aber verlangen, dass ihm in Höhe der letztern Sicherheit bestellt werde. Die Sicherstellung hat der Konkursverwalter in derselben Weise zu leisten, in welcher nach bürgerlichem Rechte eine Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung erfüllt werden muss. (M. S. 233.) Die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 101 ff.) finden hier keine Anwendung. Das Recht, Sicherstellung zu verlangen, kann übrigens erst dann geltend gemacht werden, wenn der bedingte Gläubiger zur Zahlung seiner Schuld bereit ist. Demselben wird jedenfalls dadurch genügt, dass der zur Masse eingezahlte Betrag oder ein der Höhe der bedingten Forderung entsprechender Teil desselben zum Zwecke der Sicherstellung hinterlegt wird. (Bem. zu § 158.) Rückgriffsforderungen von Personen, welche samtverbindlich mit dem Gemeinschuldner haften, sind aufschiebend bedingte Forderungen, fallen sonach unter § 47 Abs. 3. (Vgl. Bem. zu § 60.)[2])

Steht der unbedingten Forderung des Konkursgläubigers eine aufschiebend bedingte des Gemeinschuldners gegenüber, so verhält sich die Sache ebenso, als wenn die letztere Forderung eine betagte wäre. Der Konkursgläubiger kann, wenn er von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen will, was jedoch nicht leicht vorkommen wird, dies erklären und die Anmeldung seiner Forderung unterlassen, läuft aber dann Gefahr, diese nicht mehr geltend machen zu können, obgleich die aufschiebende Bedingung, von welcher die Forderung des Gemeinschuldners abhängt, nicht eingetreten ist. Er braucht sich dagegen die Aufrechnung vonseite des Konkursverwalters nicht gefallen zu lassen und es hat dieser

1) Vgl. Urteil des R.-O.-H.-G. vom 11. Juni 1873, Entsch. Bd. 10 S. 165 ff.

2) Vgl. Ldg. Hamburg 21. Sept. 1882, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) 1883 S. 162 und 1886 (Beibl.) S. 25.

auch, soweit nicht das bürgerliche Recht einen solchen einräumt, keinen Anspruch auf Sicherstellung, da Abs. 3 des § dieses Recht nur dem Konkursgläubiger gewährt. (Bem. I.)[1]) Hat der Gläubiger seine Forderung im Konkursverfahren angemeldet, so kann er, wenn die Bedingung, von der seine Verbindlichkeit abhängig ist, eintritt, oder auch vorher, immer noch von seinem Aufrechnungsrechte Gebrauch machen. (Bem. II. 2.)

Steht einer auflösend bedingten Forderung eine aufschiebend bedingte gegenüber, so liegt die Sache, da auflösend bedingte Forderungen wie unbedingte zu behandeln sind, ebenso, wie wenn die erste Forderung nicht bedingt wäre. Sind beide Forderungen aufschiebend bedingt, so kann, so lange nicht eine der beiden Bedingungen eintritt, von keiner Seite aufgerechnet werden. Der Abs. 3 des § trifft in diesem Falle nicht zu, weil der Gläubiger nicht zur Leistung angehalten werden kann.

IV. Aufrechnung mit ungleichartigen Forderungen.

Ausserhalb des Konkursverfahrens wird die Aufrechnung wohl überall durch die Ungleichartigkeit der Forderungen ausgeschlossen. Im Konkurse aber werden die ungleichartigen ebenso wie die betagten Forderungen behandelt. Diese Einwirkung des Konkursverfahrens ergiebt sich daraus, dass die persönlichen Forderungen, deren Gegenstand nicht in Geld besteht, kraft Gesetzes in Geldforderungen umgewandelt werden, so dass sich hier immer nur gleichartige Forderungen gegenüberstehen. (M. S. 234.) In der Reichstagskommission war man zwar mit dieser Auffassung allseitig einverstanden, hielt es aber für notwendig, dass derselben im Gesetze selbst Ausdruck gegeben werde. Deshalb wurden auf Antrag von Goldschmidt mehrere Zusätze beschlossen, durch welche ausdrücklich festgestellt wird, dass die Aufrechnung auch dann nicht ausgeschlossen ist: „wenn die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.“ (K. S. 46 und 58.)

Bei der Frage, ob zwei Forderungen gleichartig sind, kommt es im allgemeinen darauf an, ob die Leistungen gleichartig sind. Die Ungleichartigkeit des Entstehungsgrundes der Forderungen sowie die Verschiedenheit des Zweckes der Leistung ist nicht entscheidend.[2]) Es kommt jedoch vor, dass mit Rücksicht auf den Zweck einer Leistung die Aufrechnung mit derselben durch besondere Vorschriften ausgeschlossen ist. Dies gilt z. B. nach den Art. 184 c und 219 H.-G.-B. (Fassung von 1884) bezüglich der auf eine Aktie geschuldeten Einzahlungen, in Ansehung deren es unter dem frühern Rechte bestritten war, ob dagegen aufgerechnet werden könne.[3])

Durch die Bestimmungen des § wird übrigens das bürgerliche Recht nur insoweit berührt, als die Forderung des Konkursgläubigers, welche ursprünglich nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war, zufolge des Konkurses einer Geldforderung des Gemeinschuldners gleichartig wird (§ 62). Ist die Forderung des letztern nicht auf einen Geldbetrag gerichtet, so wird an der bestehenden Ungleichartigkeit und den Vorschriften des massgebenden bürgerlichen Rechtes (Vorbem. 3) durch den § nichts geändert. Ebenso ist dieses bezüglich der Zulässigkeit der Aufrechnung entscheidend, wenn sich zwei nicht auf Geld gerichtete, aber gleichartige Forderungen gegenüberstehen, und können die Vorschriften des § dem Konkursgläubiger, der aufrechnen will und auf die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurse verzichtet, nicht entgegengehalten werden.[4]) Nur die im Konkurse geltend gemachte Forderung wird in eine Geldforderung umgewandelt.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 443; v. Völderndorff Bd. I. S. 578; Willenbücher S. 101 Nr. 3a.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 263 § 105 Nr. 2; Eccius Bd. I. S. 599 § 94 Anm. 55; Mandry S. 385 § 42 Nr. 3; Windscheid Bd. II. S. 351 § 350 Anm. 8. Vgl. dag. R.-G. (I.) 1. Jan. 1882 und 12. Jan. 1884, Entsch. Bd. VI. S. 69 ff. bes. S. 72 ff., Juristenzeit. Bd. IX. S. 215; ferner v. Völderndorff Bd. I. S. 566 Anm. 8.

[3]) Vgl. die in der vor. Anm. angeführten Entscheidungen des R.-G., ferner Petersen und v. Pechmann, Aktiengesetz S. 166 Anm. 1.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 443, 444; v. Völderndorff Bd. I. S. 578, 579; Wengler S. 346; Willenbücher S. 101 Nr. 5.

V. Aufrechnung mit nicht festgestellten Forderungen.

Die noch nicht festgestellten (illiquiden) Forderungen sind zwar nicht zu den bedingten Forderungen zu rechnen, werden jedoch, da sie denselben mindestens gleichstehen, von der Aufrechnung nicht ausgeschlossen. Auch muss in diesem Falle § 47 Abs. 3 zur Anwendung kommen. (M. S. 234).[1]) Die Bedeutung dieser Forderungen ist jedoch insofern eine andere, als für sie — ihre nachträgliche Feststellung vorausgesetzt — jedenfalls aus der Konkursmasse Befriedigung gefordert werden kann, selbst wenn die Feststellung erst nach der Schlussverteilung erfolgt. Während aufschiebend bedingte Forderungen nur dann zu berücksichtigen sind, wenn die Bedingung bis zur Schlussverteilung eingetreten ist, darf der zur Deckung der noch nicht festgestellten Forderungen hinterlegte Betrag bei der Schlussverteilung nicht zur Befriedigung anderer Forderungen verwendet werden, weil die Feststellung noch fehle.[2]) In den Motiven wurde (a. a. O.) die Behauptung, dass die noch nicht festgestellten den bedingten Forderungen gleichstehen müssten, auch damit begründet, dass der ausserhalb des Konkursverfahrens vielfach verlangte Arrestgrund durch die Konkurseröffnung ersetzt werde. In der Reichstagskommission wurde gegen diese Auffassung keinerlei Widerspruch erhoben. Vielmehr wurde zu Protokoll festgestellt: „dass es nicht die Absicht der Kommission sei, die in der Befugnis, mit illiquiden Forderungen für den Fall ihrer Liquidität aufzurechnen, enthaltene Deckung des Gläubigers für den Konkurs auszuschliessen.“ (K. S. 53.) Wenn der Geldbetrag einer Forderung unbestimmt oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, kommt § 62 zur Anwendung. Dass auf denselben nicht ausdrücklich Bezug genommen wurde, schliesst diese Anwendung natürlich nicht aus.[3])

§ 48.

Eine Aufrechnung im Konkursverfahren ist unzulässig:

1. wenn jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;
2. wenn jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen andern Gläubiger entstanden war;
3. wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, dass der Gemeinschuldner seine Zahlungen

[1]) Vgl. Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 68; v. Sarwey S. 444; Stieglitz S. 342, 343; v. Völderndorff Bd. I. S. 574 Anm. 8 und 9; v. Wilmowski S. 227 Nr. 5; R.-G. (I.) 29. Nov. 1881, Entsch. Bd. VI. S. 278 ff.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 574 Anm. 8.

[3]) Vgl. Fitting S. 189 § 21 Anm. 5; v. Wilmowski S. 225.

eingestellt hatte oder dass die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Übernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung noch von dem Eröffnungsantrage Kenntnis hatte.

(E. § 48; M. S. 234 ff.; K. S. 46, 47; pr. K.-O. § 97.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

In dem § werden diejenigen Fälle zusammengestellt, in welchen mit Rücksicht auf die stattgehabte Konkurseröffnung oder auf die schon vorher erfolgte Zahlungseinstellung und die Kenntnis derselben die wirksame Entstehung der Aufrechnungsbefugnis für die Konkursgläubiger ausgeschlossen ist. In den Motiven (S. 234) wird als die rechtliche Grundlage der im § vorgesehenen Beschränkungen der sogen. „Konkursanspruch" bezeichnet,[1]) der als solcher nicht anerkannt werden kann. (Vgl. Bem. I. 1 zu § 2 S. 15 und 16.) Dieser Konkursanspruch, als ein besonderer Anspruch der Konkursgläubiger auf gemeinsame und ausschliessliche Befriedigung aus der Konkursmasse, müsste, folgerichtig durchgeführt, zur Ausschliessung der Aufrechnungsbefugnis auch in Ansehung derjenigen Forderungen führen, welche sich schon vor der Konkurseröffnung als zur Aufrechnung geeignet gegenüberstanden.[2]) Die Rücksicht auf die Ähnlichkeit der Aufrechnungsbefugnis mit dem zur abgesonderten Befriedigung führenden Deckungsrechte der absonderungsberechtigten Gläubiger hat jedoch von dieser Ausdehnung des Aufrechnungsverbotes abgehalten. Dasselbe ist deshalb auf die Fälle beschränkt worden, in welchen ein Aufrechnungsrecht vor der Konkurseröffnung nicht oder doch nur in anfechtbarer Weise entstanden ist, sonach die den §§ 11, 12 und 22 ff. zu Grund liegenden Erwägungen zutreffen. Dem sogenannten Konkursanspruche kommt hienach bezüglich der in § 48 vorgesehenen Beschränkungen keinerlei Bedeutung zu. Vielmehr haben die hier in Betracht kommenden Beschränkungen in derselben Auffassung ihren Grund wie die in § 47 vorgesehenen Erweiterungen, bei denen die Sicherung der dem Gläubiger gebührenden Deckung in Frage steht. Nur handelt es sich hier um Fälle, in denen die Voraussetzungen zu einer besondern, gleich einem Absonderungsrechte wirkenden Deckung nicht gegeben sind.

Die Vorschrift des § hat den Charakter von zwingendem Rechte. Es kann sonach nicht durch Vertrag deren Anwendung ausgeschlossen werden.[3]) Die Befugnis des Verwalters zur Anfechtung der Rechtshandlungen, auf welchen die zur Aufrechnung benutzte Forderung beruht, durch deren Ausübung die Aufrechnung gleichfalls ausgeschlossen werden kann, wird natürlich durch § 48 nicht berührt. Dies brauchte im Gesetze nicht besonders erwähnt zu werden.[4])

Die Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters wird durch § 48 nicht berührt. Er hat nach dem bürgerlichen Rechte, sofern die Voraussetzungen der Aufrechnung vorliegen,

[1]) Ebenso v. Schrutka-Rechtenstamm, Kompensation S. 50 ff.

[2]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 57.

[3]) Vgl. Fitting S. 192 § 21 Anm. 13; Meisner S. 210 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. I. S. 580.

[4]) Vgl. Fitting S. 193 § 21 Nr. III.; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 82, 83; Stieglitz S. 347 Nr. IV.; v. Wilmowski S. 230 Nr. 3; Entsch. des R.-O.-H.-G. Bd. 10 S. 209; bad. Annalen Bd. 49 S. 257.

die Wahl, ob er den vom Konkursgläubiger geschuldeten Betrag zwangsweise beitreiben oder aufrechnen will, und kann auch, statt dem Gläubiger seinen Anteil am Erlöse auszuzahlen, mit diesem Anspruche gegen die Schuld des bezugsberechtigten Gläubigers aufrechnen. Sobald die Anteilsforderung fällig ist, kann aber auch der Gläubiger, statt diese zu erheben und seine Schuld zu bezahlen, ungeachtet der Vorschrift des § 48 aufrechnen.[1]) Auch soweit es sich um eine nach der Konkurseröffnung zugunsten der Masse erworbene Forderung handelt, kann der Konkursverwalter von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch machen. Da er das Interesse der Konkursgläubiger zu wahren hat, wird derselbe jedoch regelmässig alle zur Konkursmasse gehörigen Forderungen beitreiben, solange und soweit dem Gläubiger eine Aufrechnungsbefugnis nicht zusteht.

II. Entstehung der Schuld nach Eröffnung des Konkursverfahrens. (Z. 1.)

1) Damit § 48 Z. 1 Anwendung finden kann, wird zunächst vorausgesetzt, dass die Person, welche dem Verwalter gegenüber aufrechnen will, nach der Konkurseröffnung „etwas zur Masse schuldig geworden ist." Gemäss § 1 gehören zwar die nach der Konkurseröffnung für den Gemeinschuldner erworbenen Forderungen in der Regel nicht zur Konkursmasse. Deshalb kann aber ein Dritter doch zu dieser Zeit etwas zur Masse schuldig werden. Der Verwalter, der nach § 5 an Stelle des Gemeinschuldners das die Konkursmasse bildende Vermögen desselben zu verwalten und über dasselbe zu verfügen hat, kann nämlich in dieser Eigenschaft Rechtsgeschäfte eingehen, z. B. Massegegenstände verkaufen oder Mietverträge abschliessen und dadurch für den Gemeinschuldner Forderungen erwerben, welche einen Bestandteil der Aktivmasse bilden. Auch in anderer Weise, z. B. infolge der Übertragung einer Forderung, welche einem Dritten zusteht, auf den Verwalter, oder auf Grund einer unerlaubten Handlung kann jemand nach der Konkurseröffnung etwas zur Masse schuldig werden. Auf derartige Forderungen, welche zwar Forderungen des Gemeinschuldners sind und diesem zufallen, wenn das Konkursverfahren nach §§ 188, 190 eingestellt oder infolge eines Zwangsvergleichs aufgehoben wird, aber von den nicht zur Konkursmasse gehörigen Forderungen zu unterscheiden sind, welche der Gemeinschuldner selbst nach der Konkurseröffnung erwirbt, bezieht sich § 48 Z. 1.[2]) Schadenersatzforderungen gegen den Konkursverwalter wegen Verletzungen seiner Amtspflicht (§ 74) können nur dann die Anwendung der Z. 1 veranlassen, wenn der Verwalter einem frühern Konkursverwalter gegenüber als Vertreter des Gemeinschuldners eine Schadenersatzforderung erhebt und dieser Forderung gegenüber mit einer Forderung gegen den Gemeinschuldner (Konkursforderung) aufgerechnet werden soll. Die etwaigen Schadenersatzforderungen der Gläubiger gegen den Verwalter gehören nicht hierher. Was der Konkursverwalter den einzelnen Gläubigern zu ersetzen hat, schuldet er nicht „zur Masse".

2) Nur wenn ein Gläubiger, dessen Forderung lediglich als Konkursforderung oder nicht einmal als solche anzusehen ist, in dem (in Bem. II. 1) dargelegten Sinne „etwas zur Masse schuldig geworden ist", trifft Z. 1 zu. Dass ein Gläubiger eine erst nach Eröffnung des Verfahrens der Masse gegenüber entstandene Schuld nicht auf seine Forderung gegen den Gemeinschuldner verrechnen kann, welche ebenfalls erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, ergiebt sich in der Regel schon daraus, dass eine derartige Forderung nicht aus der Konkursmasse zu befriedigen ist (§ 2). Wenn aber auch die Forderung gegen den Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens entstanden ist, also in diesem geltend gemacht werden kann, darf der Gläubiger doch nicht mit dieser Forderung gegen dasjenige aufrechnen, was er nach der Konkurseröffnung „zur Masse" schuldig geworden ist, muss vielmehr wegen dieser Schuld dem Verwalter volle Befriedigung gewähren. Anders liegt die Sache, wo ein derartiges Verhältnis, bei dem sich verschiedenartige Forderungen gegenüberstehen, nicht vor-

[1]) Vgl. v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 49, 54, 75; Stieglitz S. 345.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 447 ff.; Stieglitz S. 345; v. Wilmowski S. 229.

liegt, sondern ein Massegläubiger (§§ 50 ff.) mit seiner Forderung gegen dasjenige aufrechnen will, was er „zur Masse" schuldig geworden ist. Hier kann der Massegläubiger, der vor allen übrigen Gläubigern aus der Masse zu befriedigen ist, wenn er es für vorteilhaft hält, von dem Rechte der Aufrechnung Gebrauch machen, weil durch dessen Ausübung die Konkursgläubiger nicht geschädigt werden.

Steht einer Forderung des Gemeinschuldners, welche nicht zur Masse gehört, eine andere Forderung gegenüber, so kommen bezüglich der Frage, ob mit dieser Forderung dem Gemeinschuldner gegenüber aufgerechnet werden darf, die §§ 47 und 48 nicht zur Anwendung, gleichviel ob die Gegenforderung als Konkursforderung anzusehen ist oder nicht. Ebensowenig stehen einer derartigen Aufrechnung gegenüber dem Gemeinschuldner die §§ 2 und 11 entgegen.[1]) Macht ein Konkursgläubiger einer solchen Forderung des Gemeinschuldners gegenüber von seinem Rechte der Aufrechnung Gebrauch, so kommt dies den übrigen Konkursgläubigern zu gut. Der Verwalter kann in diesem Falle natürlich dem Konkursgläubiger gegenüber nicht mit der Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen, die nicht zu dem von ihm verwalteten Vermögen gehört. Auch kann er selbstverständlich wegen der von der Konkursmasse ausgeschlossenen Forderung nicht Befriedigung verlangen, sondern muss dies dem Gemeinschuldner überlassen. Um für den Fall, dass die Schuld aus einem Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners entspringt, aus welchem diesem nach § 1 der Erwerb zufliesst, die Auslegung auszuschliessen, als ob der Gläubiger sich wegen seiner Forderung lediglich an den Gemeinschuldner halten, aber seine Schuld zur Konkursmasse erfüllen müsse, wurde übrigens die Fassung der preussischen Konkursordnung (§ 97 Z. 1) aufgegeben. (M. S. 234, 235.)

3) Dass mit der dem Gläubiger des Gemeinschuldners zustehenden Forderung, soweit dieselbe überhaupt im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, nicht gegen die nach der Konkurseröffnung entstandene Schuld an „die Masse" aufgerechnet werden darf, hat seinen Grund darin, dass die Aufrechnungsbefugnis, welche einen Vorzug vor andern Konkursgläubigern gewährt, wie ein Absonderungsrecht wirkt, ein solcher Vorzug aber nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mehr erworben werden soll. Durch § 48 Ziffer 1 wird hiernach lediglich der Grundsatz, auf welchem die §§ 11 und 12 beruhen, auf die Aufrechnung zur Anwendung gebracht (M. S. 235). Ob der Konkursforderung, mit welcher aufgerechnet werden soll, ein Vorzugsrecht zur Seite steht und ob dieselbe deshalb voraussichtlich voll befriedigt werden wird, ist gleichgültig. Die entgegengesetzte im Gebiete des gemeinen Rechtes früher vielfach geltend gemachte Auffassung wird durch die bestimmte Fassung der Ziffer 1 ausgeschlossen.[2])

Der Pächter oder Mieter des Gemeinschuldners kann daher seine gegen den Gemeinschuldner gerichtete Forderung auf Rückgabe der Sicherheitsleistung oder auf Entschädigung wegen vorzeitiger Kündigung nicht gegen den Pachtzins bezw. Mietzins aufrechnen, den er für die nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommene Benutzung an den Konkursverwalter zu zahlen hat.[3]) Ebenso kann gegenüber einer Forderung auf Rückzahlung eines Darlehens, welches aus der Masse auf Grund eines vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen Darlehensvertrages hingegeben wurde, nicht mit einer Konkursforderung aufgerechnet werden. Die Forderung aus dem Darlehen ist erst durch dessen Hingabe, also nach der Konkurseröffnung,

[1]) Vgl. O.-L.-G. Köln 5. Nov. 1887, rhein. Arch. Bd. 78 Abt. I. S. 72 ff., Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 640.

[2]) Vgl. Meisner S. 209 Anm. 3; v. Sarwey S. 446, 447; v. Völderndorff Bd. I. S. 582; Wengler S. 350.

[3]) Vgl. Meisner S. 209 Anm. 4; v. Sarwey S. 429 und S. 449; Stieglitz S. 345, 346; v. Völderndorff Bd. I. S. 581; Wengler S. 349; Willenbücher S. 103 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 229; R.-G. (III.) 4. Mai 1880, Entsch. Bd. I. S. 347; O.-L.-G. Hamburg 21. Jan. 1882, Seuffert, Arch. Bd. 37 S. 485, 486.

entstanden. Es findet sonach § 48 Ziffer 1 auf dieselbe Anwendung. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich nicht auf § 15 (vgl. S. 60 Anm. 1) berufen, weil die Erfüllung der Verpflichtung zur Zurückzahlung des Darlehens nicht die Gegenleistung für die Erfüllung des Darlehensversprechens ist und nicht aus dem letztern, sondern aus der Hingabe des Darlehens selbst entspringt.[1])

III. Erwerb einer Forderung gegen den Gemeinschuldner nach Eröffnung des Verfahrens. (Z. 2.)

1) Dass eine Forderung gegen den Gemeinschuldner, welche erst nach der Konkurseröffnung entstanden ist, nicht zur Aufrechnung mit einer vor derselben zur Entstehung gelangten Schuld verwendet werden kann, versteht sich von selbst, da dieselbe nicht Konkursforderung ist (§ 2). Die Konkursordnung ist aber im Anschlusse an die preussische Konkursordnung (§ 97 Z. 2) noch einen Schritt weiter gegangen und hat die Aufrechnung auch dann ausgeschlossen, wenn die in Frage stehende Forderung zwar schon vor der Konkurseröffnung entstanden, also Konkursforderung ist, aber erst nach der Eröffnung des Verfahrens auf den Gläubiger überging, der aufrechnen will. Die Ausschliessung der Aufrechnung in diesem Falle erfolgte, „um die Ausplünderung der Masse durch frivolen Aufkauf von Passivforderungen zu verhüten“. (M. S. 235 ff.) Die Forderung hat mit der Konkurseröffnung die Eigenschaft einer Konkursforderung erlangt und büsst dieselbe nicht dadurch ein, dass sie nach der Konkurseröffnung auf eine andere Person übergeht. Der Erwerber war zwar schon zur Zeit der Konkurseröffnung mit einer Schuld an den Gemeinschuldner belastet; zur Geltendmachung einer — gleich einem Absonderungsrechte wirkenden — Aufrechnungsbefugnis fehlte es aber an einer wesentlichen Voraussetzung, nämlich an einer Forderung. Deren nachträglicher Erwerb soll nach dem Gesetze die Befugnis zur Aufrechnung nicht herbeiführen. Ob der Schuldner bei dem Erwerb der Konkursforderung von der Konkurseröffnung Kenntnis hatte, ist gleichgültig. Auch beschränkt sich der Ausschluss der Aufrechnung nicht auf den Aufkauf und den sonstigen Erwerb von Forderungen im Wege der Sonderrechtsnachfolge, sondern greift auch bei dem Erwerb im Wege der allgemeinen Rechtsnachfolge Platz. (M. S. 235 ff.) Übrigens trifft Z. 2, obgleich der Grund der Vorschrift darin zu finden ist, dass in den meisten Fällen der Gläubiger des Gemeinschuldners nicht zur Aufrechnung befugt ist, auch solche Forderungen, welche der Schuldner des Gemeinschuldners nach einer Konkurseröffnung von einer Person erwarb, welche selbst zur Aufrechnung befugt gewesen wäre. Hat z. B. ein Gläubiger des Gemeinschuldners, der zugleich Schuldner desselben ist, seine Forderung an einen anderen Schuldner des Gemeinschuldners veräussert, der von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte, so steht dem letztern nicht das Recht der Aufrechnung zu.[2])

Forderungen von Massegläubigern (§§ 50 ff.) sind zwar, ebenso Forderungen an den Gemeinschuldner, wie bei den zur Masse gehörigen Forderungen der Gemeinschuldner als deren Subjekt anzusehen ist. (Vgl. oben Bem. II. 1 S. 249, ferner Vorbem. 2 zu §§ 50 ff. S. 255). Der Massegläubiger, der schon vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner etwas schuldig war, darf aber trotzdem seine Masseforderung gegen seine Schuld aufrechnen.

2) Bezüglich der Wechselforderungen ergiebt sich aus Z. 2, dass eine Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung durch Indossament einen Wechselanspruch gegen den Gemeinschuldner erworben hat, obgleich dieser Wechselanspruch, weil er schon vor der Konkurseröffnung zugunsten des Vormannes gegenüber dem Gemeinschuldner begründet war, als Konkursforderung anzusehen ist. Haftet der Gemeinschuldner aus einem von ihm vor der Konkurseröffnung aus-

[1]) R.-G. (III.) 25. Mai 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 248.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 584 Anm. 19.

gestellten Accept, so ist nur derjenige Wechselgläubiger zur Aufrechnung befugt, welcher die Wechselforderung vor der Eröffnung des Verfahrens erworben hatte. Ist das Indossament, auf welches sich der Wechselinhaber berufen kann, erst nach der Konkurseröffnung ausgestellt, so kommt hienach in der Regel § 48 Z. 2 zur Anwendung. Wurde der bereits vor der Eröffnung des Verfahrens an den Wechselinhaber girierte und von ihm weitergegebene Wechsel nach der Konkurseröffnung nochmals an denselben indossiert, so ist dieser übrigens in der Lage, die dazwischenliegenden Indossamente auszustreichen und sich auf das ältere zu berufen. Ist das Indossament nicht mit einer Zeitangabe versehen, so muss der Wechselinhaber, welcher aufrechnen will, beweisen, dass die Ausstellung des auf ihn lautenden Indossaments vor der Konkurseröffnung erfolgt sei.

Musste der Trassant oder ein Indossant einen von ihm vor der Konkurseröffnung begebenen, vom Gemeinschuldner angenommenen Wechsel nach der Konkurseröffnung wieder einlösen, so kann er die Forderung, welche ihm gegen den Acceptanten sowie gegen den Aussteller zusteht, in deren Konkurs geltend machen, weil seine Forderung schon vor der Eröffnung des Verfahrens bestanden hat (Bem. IV. 3 zu § 2). Er ist aber, weil er sich dieser Forderung nicht vollständig entäussert hatte, ihm vielmehr immer ein bedingter Anspruch zustand, auch berechtigt, mit derselben aufzurechnen. Der in Frage stehende Anspruch ist kein in der Person des Indossanten neu entstandener, vielmehr bestand das Indossament auch, nachdem der Wechsel in andere Hand übergegangen war, fort. Nur die Geltendmachung des Anspruchs war gehemmt; durch die Rückkehr des Wechsels zum Indossanten sind die thatsächlichen Voraussetzungen eingetreten, von denen die Geltendmachung der Verpflichtung abhängt.[1]) Dasselbe gilt, wenn der Vormann des Indossanten in Konkurs geraten ist und der letztere den Wechsel im Regresswege wieder einlösen musste.[2])

IV. Kenntnis der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Eröffnung des Verfahrens. (Z. 3.)

1) Auch wenn Schuld und Forderung vor der Konkurseröffnung entstanden bezw. erworben an sich also zur Aufrechnung geeignet sind, ist mit Rücksicht auf die Vorschriften über das Anfechtungsrecht (§§ 22 ff.) die Aufrechnung ausgeschlossen, wenn der Schuldner, welcher aufrechnen will, schon bei Erwerb der Forderung dem Gemeinschuldner die in Frage stehende Summe schuldete und wusste, dass bereits der Anspruch der Gläubiger auf gleichmässige Befriedigung eingetreten sei. Diese Bestimmung wurde in den Motiven (S. 237, 238) ausführlich gerechtfertigt. Insbesondere wurde hervorgehoben, wenn ein Gläubiger des Gemeinschuldners nach Eintritt der Thatsachen, welche den erwähnten Anspruch der Gläubiger ins Leben riefen, mit dem Gemeinschuldner ein Rechtsgeschäft abschliesse, durch das er dessen Schuldner werde und in die Lage komme, diese Schuld auf seine Konkursforderung aufzurechnen, so finde § 23 Z. 2 Anwendung. Diese Vorschrift könne dagegen nicht zur Anwendung gelangen, wenn ein Schuldner des Gemeinschuldners eine Forderung an denselben erwerbe, und es sei sogar zweifelhaft, ob auf diesen Fall § 23 Z. 1 angewandt werden könne. Deshalb sei es angemessen, im Anschlusse an die preussische Konkursordnung (§ 97 Z. 3) die Anfechtbarkeit der Aufrechnung für diesen Fall ausdrücklich auszusprechen.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 450, 453; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 61 ff. bes. S. 69; v. Völderndorff Bd. I. S. 585; Willenbücher S. 103 Nr. 3b.; v. Wilmowski S. 230. In diesem Sinne hatte sich auch die Rechtsprechung des pr. Obertrib. (Striethorst, Arch. Bd. 71 S. 303) und des R.-O.-H.-G. (Entsch. Bd. 24 S. 1) festgestellt. A. M. ist Stieglitz S. 347 Nr. III. und S. 341.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 585, 586; v. Schrutka-Rechtenstamm a. a. O. S. 61 ff. A. M. Stieglitz S. 347 Nr. III.

2) Wenn auch die Vorschrift der Z. 3 mit den Bestimmungen des § 23 den Grund gemein hat, so unterscheidet sie sich doch wesentlich von denselben. Es handelt sich hier nicht um eine Anfechtung des Rechtsgeschäftes. Der von dem Schuldner des Gemeinschuldners vorgenommene Erwerb der Konkursforderung bleibt in Kraft und es kann diese im Konkursverfahren angemeldet werden. Nur die Aufrechnung ist ausgeschlossen. Auch wird hier die Kenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w. auf seite des Schuldners nicht vermutet, sondern es muss dieselbe nachgewiesen werden. Ein Antrag, nach welchem dem aufrechnenden Gläubiger der Beweis obliegen sollte, dass ihm die Zahlungseinstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbs nicht bekannt gewesen sei, wurde von der Reichstagskommission abgelehnt, nachdem darauf verwiesen worden war, die Billigkeit verlange es, dass der Schuldner des Gemeinschuldners günstiger als die Gläubiger desselben behandelt werde, und es sei dies auch in der Konkursordnung an verschiedenen Orten geschehen. (K. S. 46, 47.) Der Beweis des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung bezw. des Eröffnungsantrags sowie der Kenntnis derselben liegt dem Konkursverwalter ob, welcher auf Grund des § 48 Z. 3 die Aufrechnung ablehnt.[1])

Dagegen ist es, damit die Aufrechnung auf Grund der Z. 3 ausgeschlossen wird, nicht notwendig, dass eine Benachteiligung der Konkursgläubiger nachgewiesen wird, welche durch das mit dem Gemeinschuldner abgeschlossene Rechtsgeschäft bewirkt worden ist. Das Gesetz hat vielmehr seinen besondern Grund darin, dass im Falle der Zulässigkelt der Aufrechnung mit dem Entstehen der Gegenforderung eine Benachteiligung der Masse thatsächlich vorhanden sein würde, und schliesst deshalb die Aufrechnung unbedingt aus. Mit Rücksicht darauf wurde auch ein Antrag, die Worte „durch ein Rechtsgeschäft mit demselben“ wegzulassen und in dieser Beziehung lediglich auf die Anfechtung zu verweisen, von der Reichstagskommission (K. S. 46, 47) abgelehnt. Immer wird vorausgesetzt, dass der aufrechnende Gläubiger zur Zeit, als er seine Forderung erwarb, bereits Schuldner des Gemeinschuldners war. Trifft diese Voraussetzung nicht zu, so liegt nicht der Fall des § 48 vor. Wohl aber können dann die §§ 23 ff. zur Anwendung kommen. Auch die Vorschrift des § 48 Z. 3 kann übrigens Anwendung nicht finden, wenn der Erwerb der Forderung in dieselbe Zeit fällt, in welcher eine durch § 23 betroffene Rechtshandlung nach § 26 der Anfechtung entzogen sein würde.

3) Der Ausschluss der Aufrechnung tritt nur dann ein, wenn die Forderung durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben wurde, nicht aber (wie im Falle der Z. 2 Bem. III. 1), wenn der Übergang der Forderung auf dem Wege der allgemeinen Rechtsnachfolge erfolgte. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes, wurde auch in den Motiven (S. 238) hervorgehoben. Dass die Aufrechnung ungeachtet der Kenntnis der Zahlungseinstellung u. s. w. zur Zeit des Erwerbs der Forderung erfolgen kann, falls der Schuldner sich bereits vorher zur Befriedigung des Gläubigers oder Übernahme der Forderung unanfechtbar verpflichtet hatte, hat darin seinen Grund, dass der Erwerb in diesem Falle nicht zu beanstanden ist. Die Konkursordnung hat diese Ausnahme ausdrücklich hervorgehoben, weil dem Schuldner nicht immer und nicht nach allen Gesetzgebungen ein Rückgriff gegen den Gemeinschuldner zusteht, welcher ihm die Aufrechnungsbefugnis nach § 47 sichert. Mit Rücksicht auf Abs. 2 der Ziff. 3 ist die Möglichkeit der Aufrechnung insbesondere dem wechselmässig Verpflichteten gewahrt, welcher einen vom Gemeinschuldner angenommenen Wechsel als Aussteller oder Indossant eingelöst hat. Dies kann auch von denjenigen nicht bestritten werden, welche behaupten, dass dem Einlösenden nach Weiterbegebung des Wechsels ein bedingter Rückgriffsanspruch für den Fall der spätern Einlösung nicht zustehe. (Vergl. Bem. III. 2.)[2]

[1]) Vgl. Meisner S. 211 Anm. 5; v. Völderndorff Bd. I. S. 588 lit. c; Willenbücher S. 104; v. Wilmowski S. 231.

[2]) Vgl. Meisner S. 211 Anm. 7.

§ 49.

Die Bestimmung des § 42 findet entsprechende Anwendung auf den Fall, dass ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Konkursforderung vornimmt.

(E. § 49; M. S. 238, 239; K. S. 47.)

Da die Vorschrift des § 48 durch Aufkauf einer Konkursforderung seitens eines im Auslande wohnenden Schuldners leicht umgangen werden kann, und die Frage, nach welchem Rechte die Befugnis des Schuldners zur Aufrechnung mit einer auf ihn übertragenen Konkursforderung zu beurteilen ist, sehr verschiedenartige Beantwortung gefunden hat, wurde zur Sicherung der Vorschriften des § 48 zu demselben Mittel gegriffen, das bereits in § 42 zur Anwendung kam. Die Aufrechnung wird nicht für ungültig erklärt. Aber sofern eine Aufrechnung, welche nach § 48 ausgeschlossen sein würde, von dem ausländischen Schuldner mit Erfolg ausgeübt wird, steht gegen den der inländischen Gerichtsbarkeit unterworfenen Veräusserer der Rückgriff in der Weise zu, dass derselbe den Betrag, welcher durch die Aufrechnung der Masse entzogen wurde, d. h. die Summe zu ersetzen hat, welche durch den bei Ausschüttung der Masse auf die veräusserte Forderung entfallenden Anteil nicht gedeckt wird. Der Rückgriff steht jedoch nur unter der Voraussetzung zu, dass der Erwerb entweder in Kenntnis des Eröffnungsantrags oder nicht früher als sechs Monate vor der Konkurseröffnung in Kenntnis der Zahlungseinstellung erfolgte. (Vergl. im übrigen die Bem. zu § 42 sowie § 10 E.-G.)

Siebenter Titel.

Massegläubiger.

(§§ 50—53.)

Vorbemerkungen.

1) Die Verwaltung und Verteilung des zur Befriedigung der Gläubiger bestimmten Vermögens des Gemeinschuldners veranlasst regelmässig Kosten, welche aus der Konkursmasse zu berichtigen sind. Ausserdem können durch die Thätigkeit des Verwalters (Bem. II. 3 zu § 5) Verbindlichkeiten entstehen, welche ebenfalls aus der Masse befriedigt werden müssen, obgleich es sich dabei nicht um Konkursforderungen im Sinne des § 2 handelt. Diese Kosten ruhen gleichsam als eine Last auf der Masse und verringern dieselbe nach dem Satze: Omnia bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno. Die Konkursgläubiger können lediglich aus der von allen Lasten befreiten reinen Masse Befriedigung beanspruchen. Der Verwalter hat deshalb die Masseschulden und Massekosten vorweg zu decken. Die Massekosten bilden nur eine bestimmte bevorzugte Art der Masseschulden. Auch lassen sich die einen von den andern begrifflich nicht streng abgrenzen. Für die Unterscheidung sind vielmehr lediglich die gesetzlichen Vorschriften (§§ 51 und 52) massgebend. Die Bezeichnung „Massegläubiger" gilt für alle Gläubiger, welchen eine Forderung der einen oder andern Art zusteht. Die in den §§ 121, 159 und 161 vorkommende Zusammenfassung „Masseansprüche" empfiehlt sich aus dem Grunde nicht, weil dieser Ausdruck die Vorstellung von Ansprüchen zugunsten der Masse erweckt, während die in Frage stehenden An-

sprüche gegen die Masse gerichtet sind. In § 50 wird der allgemeine Grundsatz der vorzugsweisen Berichtigung der Masseansprüche aufgestellt, während die §§ 51 und 52 die Frage regeln, welche Kosten und Verbindlichkeiten als Massekosten bezw. Masseschulden anzusehen sind, sodann aber § 53 bestimmt, was zu geschehen hat, wenn die Masse nicht zur Befriedigung sämtlicher Massegläubiger ausreicht.

2) Im gemeinen, französischen und preussischen Rechte herrschte die Anschauung vor, als stünden die Massegläubiger zu den Konkursgläubigern in dem Verhältnisse eines Gläubigers zu seinem Schuldner. Bald hielt man die Gläubigerschaft oder die Masse, bald die einzelnen Konkursgläubiger für die Verpflichteten. Diese Annahmen sind Erzeugnisse der Lehre von einer juristischen Persönlichkeit oder Genossenschaft der Konkursgläubiger und einer Nachfolge derselben in die Eigentums- oder Verfügungsrechte des Gemeinschuldners. Sie können deshalb, weil die Konkursordnung mit dieser Auffassung gebrochen hat, für das Reichsrecht Geltung nicht beanspruchen. Damit ist aber auch der weitern Lehre die Grundlage entzogen, nach welcher die Konkursgläubiger verpflichtet sein sollen, wenn die Masse nicht ausreicht, die Masseschulden aus eigenen Mitteln zu decken. Die Ansprüche der Massegläubiger sind Schulden des Gemeinschuldners. Aber es sind Schulden desselben, welche erst nach der Eröffnung des Konkursverfahrens, ohne eigenes Rechtsgeschäft desselben, für ihn zu Lasten der Konkursmasse entstehen. Dadurch unterscheiden sie sich ihrer Natur nach grundsätzlich von den Konkursforderungen, mit welchen sie deshalb nicht in eine Ordnung gestellt werden konnten. Die Massegläubiger nehmen eine ähnliche Stellung ein wie die Absonderungsberechtigten, denn sie müssen aus der Konkursmasse befriedigt werden vor und unabhängig von der Befriedigung der beteiligten Konkursgläubiger. Aber die Masseforderungen gehören doch in Wirklichkeit nicht zu den Absonderungsansprüchen im Sinne der Konkursordnung, welche für den Begriff der letztern den Erwerb vor der Konkurseröffnung erfordert und die Beschränkung auf einzelne Teile der Masse voraussetzt. (M. S. 239, 240.)

Aus der in der Konkursordnung zur Herrschaft gelangten Auffassung ergiebt sich, dass die Massegläubiger, falls sie aus der Konkursmasse nicht vollständig befriedigt werden, sich nicht ohne weiteres an den Konkursverwalter halten können, sondern nur dann einen Rückgriff gegen denselben haben, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt, das ihn nach dem bürgerlichen Rechte haftbar macht. Weiter führt diese Auffassung zu dem Ergebnis, dass der Gemeinschuldner, als dessen Vertreter der Konkursverwalter erscheint (Bem. II. 1 zu § 5), für die von demselben übernommenen Verbindlichkeiten wie für die entstandenen Kosten den Massegläubigern gegenüber unter allen Umständen haftbar ist. In der Reichstagskommission wurde denn auch die Frage, ob der Gemeinschuldner persönlich für den Ausfall hafte, von Hagens bejaht, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben worden wäre. Derselbe bemerkte in zutreffender Weise: „Der Gemeinschuldner sei Eigentümer der Konkursmasse geblieben. Der Konkursverwalter übe nach § 5 Abs. 2 das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners aus. Soweit durch diese Ausübung Erwerbungen oder Verpflichtungen entsprängen, träfen dieselben daher allgemein, ohne Beschränkung auf die Konkursmasse, den Gemeinschuldner.“ (K. S. 109.) Die während des Verfahrens durch den Konkursverwalter gemachten, dem Vermögen des Gemeinschuldners zufliessenden, Erwerbungen sind, obgleich sie nach der Konkurseröffnung gemacht wurden, nicht nach § 1 der Masse entzogen. Vielmehr müssen dieselben, da der Verwalter nur mit Mitteln der Masse erwerben kann, auch der Masse zu gut kommen.[1]) Ebenso müssen aber auch die von dem Konkursverwalter eingegangenen Verbindlichkeiten die Masse belasten. Die Konkursgläubiger haben, obgleich das Verfahren in ihrem Interesse eingeleitet und durchgeführt wird, den etwaigen Ausfall nicht zu decken, denn das zur Konkursmasse ge-

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 597.

hörige Vermögen des Gemeinschuldners ist nicht auf sie übergegangen und der Konkursverwalter ist nicht ihr Vertreter. (Bem. II. 1 zu § 5.)[1])

§ 50.

Aus der Konkursmasse sind die Massekosten und Masseschulden vorweg zu berichtigen.

(E. § 50; M. S. 240—242; K. S. 49; pr. K.-O. § 40.)

1) Nach der Vorschrift des § sind die Massekosten und Masseschulden vorweg „aus der Konkursmasse" zu berichtigen. Es ist also nicht gestattet, wie es früher vielfach üblich war, nur einen Teil der Kosten zum voraus von der Masse abzuziehen, den andern aber den einzelnen Gläubigern nach Verhältnis ihres Anteils am Erlöse der Massegegenstände anzurechnen. (M. S. 241.) Nach § 159 können Massegläubiger, welche ihre Ansprüche verspätet geltend machen, dadurch von der Befriedigung aus der Masse ausgeschlossen werden. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass diese Gläubiger in derselben Weise wie die Konkursgläubiger genötigt sind, ihre Forderungen anzumelden, denn § 159 findet nur dann Anwendung, wenn die „Masseansprüche" nicht zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind. Die „Massekosten" muss der Verwalter ihrer Natur nach kennen, ohne dass es einer besondern Mitteilung an ihn bedarf. Insbesondere gilt dies von den Gerichtskosten und den vom Verwalter selbst gemachten Aufwendungen, der an den Gemeinschuldner auszuzahlenden Unterstützung u. s. w. Hat der Verwalter es unterlassen, solche Massekosten zu berücksichtigen, so kann er für den entstandenen Schaden, falls ihm ein Verschulden zur Last fällt, haftbar gemacht werden.[2]) Dasselbe gilt, wenn er eine zu seiner Kenntnis gebrachte „Masseschuld" nicht vorweg aus der Masse bezahlt hat.[3])

2) Da die Massegläubiger nicht Konkursgläubiger sind (Vorbem. 2.), brauchen sie sich an dem Konkursverfahren nicht zu beteiligen und sind sonach weder an die Anmeldefrist (§§ 126, 129) gebunden, noch genötigt, ihre Ansprüche der in den §§ 129—132 vorgesehenen Prüfung zu unterwerfen. Sie können sich vielmehr einfach an den Konkursverwalter halten, der die Masse zu verwalten und demnach auch die auf derselben lastenden Verbindlichkeiten zu erfüllen hat. Was die Zeit der Geltendmachung der Masseansprüche anbelangt, so ist im allgemeinen das bürgerliche Recht massgebend. Sobald eine fällige Forderung vorliegt, kann deren Befriedigung vom Verwalter verlangt werden, der sich seiner Verbindlichkeit nicht durch die Behauptung entziehen kann, dass noch keine genügenden Mittel zur Bezahlung der Massegläubiger vorhanden seien, oder dass erst abgewartet werden müsse, ob nicht noch andere Massekosten oder Masseschulden entstünden, durch welche die Befriedigung des Gläubigers in Frage gestellt werde. Nur wenn es sich bereits herausgestellt hat, dass nicht alle vorhandenen Masseansprüche befriedigt werden können, müssen die einzelnen Massegläubiger es sich gefallen lassen, dass die in § 53 vorgesehene Reihenfolge eingehalten wird (Bem. 1 und 2 zu diesem §). Bloss den Konkursgläubigern, nicht den bereits vorhandenen Massegläubigern gegenüber ist der Konkursverwalter berechtigt, zur Bestreitung später entstehender Massekosten u. s. w. Gelder zurückzuhalten.

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 308 § 117 Anm. 23; Fitting S. 127 § 114 Anm. 2 und S. 229 § 25 Anm. 15; Mandry S. 304 § 28 Anm. 39; Meisner S. 213; v. Sarwey S. 458; Stieglitz S. 350, 353 Nr. III.; Wengler S. 356, 357; Willenbücher S. 105 Nr. 2; v. Wilmowski S. 232, 233; ferner O.-L.-G. Hamburg 8. Juli 1882, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 255, 256. A. M. Meves S. 75; Schultze S. 47; v. Völderndorff Bd. I. S. 591, 592, 596 ff.

[2]) Vgl. Ldg. Metz 10. April 1885, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. X. S. 458.

[3]) Jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. X. S. 119.

3) Viele neuere Gesetzgebungen enthalten besondere Vorschriften darüber, wie die Masseansprüche auf die Konkursmasse und die etwaigen Sondermassen zu verteilen sind. Insbesondere sagte § 40 der preussischen Konkursordnung: „Von der gemeinschaftlichen Konkursmasse, sowie von jeder abgesonderten Masse sind die in Beziehung auf dieselbe entstandenen Kommunkosten in Abzug zu bringen.“ Die Konkursordnung kennt den Begriff der Sondermasse nicht (Bem. II. 1 und 2 zu § 3); es kann deshalb die Notwendigkeit der Verteilung auf verschiedene Massen bezw. Arten von Gläubigern nur dann eintreten, wenn thatsächlich aus der Konkursmasse einzelne Gegenstände abgesondert worden sind. Abgesehen hiervon aber besteht nur eine Masse, auf welcher alle Masseschulden und Kosten, gleichviel aus welchem Anlasse sie herrühren, ganz lasten. Für den Fall, dass ein Absonderungsrecht nach den Vorschriften der Konkursordnung ausgeübt wird, wurde die Vorschrift der preussischen Konkursordnung in den Motiven (a. a. O.) als sachlich gerechtfertigt erklärt, weil in diesem Falle die Konkursmasse und jede Sondermasse selbständig und für sich abgeschlossen bestehe und die Ausübung des Absonderungsrechtes unabhängig von dem Konkursverfahren und ausserhalb desselben erfolge (Bem. I. 1 und II. 1 zu § 3). Man ging jedoch von der Auffassung aus, dass die Aufnahme einer derartigen Vorschrift ausserhalb des Bereiches der Konkursordnung liege. Die Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, nach welchen eine Verteilung der allgemeinen Konkurskosten, der Vergütung für den Verwalter u. s. w. auf die Konkursmasse und die einzelnen Sondermassen nach Verhältnis des Betrages oder Erlöses derselben zu erfolgen hat, oder die Kosten und Schulden einer Sondermasse im Falle ihrer Unzulänglichkeit der Konkursmasse aufzubürden sind, wurden in den Motiven (S. 241, 242) als ungerechtfertigt erklärt. Auch erscheint diese Auffassung als zutreffend. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt vollständig getrennt von dem Konkursverfahren. Es stehen deshalb die Kosten, welche einem Absonderungsberechtigten durch eine von ihm betriebene Zwangsvollstreckung erwachsen, in keinerlei Beziehung zum Konkurse. Die Kosten, welche dadurch entstehen, dass der Verwalter gemäss § 116 die Zwangsveräusserung betrieben hat, haben dagegen in der dem Verwalter obliegenden Durchführung des Konkursverfahrens (der Versilberung von Massegegenständen) ihren Grund. Berühren gewisse Masseschulden oder Kosten, z. B. die Arbeitslöhne für Ausbesserung eines, verschiedenen in Konkurs geratenen Personen gemeinschaftlich gehörigen, Hauses mehrere Konkursmassen, so müssen diese Beträge nach demjenigen Verhältnisse auf die einzelnen Massen verteilt werden, in welchem die Leistungen diesen Massen zu gut gekommen sind.

§ 51.

Massekosten sind:

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren;
2. die Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse;
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung.

(E. § 51; M. S. 242—244; K. S. 49; pr. K.-O. § 41.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Massekosten sind diejenigen Aufwendungen, welche durch die Einleitung und Durchführung des Konkursverfahrens entstehen. Zu denselben gehören zunächst die Ausgaben, welche durch die Bildung der reinen, zur Befriedigung der Konkursgläubiger dienenden

Masse sowie durch die zweckdienliche Verwendung derselben, insbesondere durch die Verwaltung der Masse, die Versilberung der einzelnen Massegegenstände und die Verteilung des Erlöses veranlasst werden. Massekosten bilden auch die dem Gemeinschuldner gewährten Unterstützungsbeträge und die für das Verfahren zu entrichtenden Gerichtskosten. Dagegen gehören zu denselben nicht die aussergerichtlichen und gerichtlichen Kosten, welche den einzelnen Konkursgläubigern durch ihre Teilnahme am Konkursverfahren, insbesondere durch die Anmeldung und Vertretung, die Versäumung des allgemeinen Prüfungstermines (§ 130 Abs. 3) u. s. w. erwachsen. Auch die aussergerichtlichen Kosten, welche einem Gläubiger durch den Antrag auf Konkurseröffnung oder auf vorläufige Sicherstellung der Masse (§§ 97, 98) entstehen, insbesondere die Anwaltskosten sind nicht zu den Massekosten zu rechnen; der Gläubiger kann dieselben vielmehr nur im Konkursverfahren anmelden. Ebensowenig werden die letztern Ausgaben als Masseschulden wegen rechtloser Bereicherung zu behandeln sein, da sich nicht nachweisen lässt, dass die Masse ohne die Sicherheitsmassregeln verringert worden wäre oder um die Kosten bereichert worden ist.[1]) Die Kosten der Feststellungsprozesse in Ansehung bestrittener Forderungen treffen den unterliegenden Teil. Ist dies der Verwalter, so kommt § 52 Z. 1 zur Anwendung. Die bei Durchführung eines Zwangsvergleichs entstehenden Kosten sind gleichfalls nicht als Massekosten anzusehen, da diese Durchführung ausserhalb des Konkursverfahrens erfolgt. Im übrigen vergl. Bem. II. 1.

II. Besondere Bemerkungen.

1. Gerichtliche Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren.

Damit Kosten unter die Z. 1 fallen, müssen sie nicht bloss gerichtliche Kosten sein, sondern auch das gemeinschaftliche Verfahren betreffen. (Bem. I.) Zu diesen Kosten, welche in der preussischen Konkursordnung einzeln aufgezählt waren, gehören namentlich die Kosten für das die Eröffnung des Konkurses herbeiführende Verfahren, die gerichtlichen Kosten, insbesondere auch die gerichtlichen Auslagen (§§ 50 ff. und 79 ff. des Gerichtskostengesetzes, welche durch die Bildung der Teilungsmasse sowie durch die Ermittelung, Sicherstellung, Feststellung, Einziehung und Verwertung derselben veranlasst werden, die Kosten der Verhaftung und Haft des Gemeinschuldners, des offenen Arrestes, der Eintragung von Sperrvermerken, der Siegelung, der Errichtung eines Vermögensverzeichnisses; ferner die Kosten, welche durch das gemeinschaftliche Verfahren zur Feststellung der Schuldenmasse, die Wahlprüfungs-und Schlusstermine, sowie durch die Verteilung der Masse und die Beendigung des Verfahrens durch Einstellung oder Aufhebung entstehen.

Wenn der gemäss § 82 Z. 1 des Gerichtskostengesetzes bei dem Antrage auf Eröffnung des Konkursverfahrens vom Antragsteller zu entrichtende Gebührenvorschuss oder ein anderer Vorschuss für Gerichtskosten vom Gemeinschuldner selbst geleistet worden ist, so haftet die Masse nicht für denselben, weil das Geld nicht aus dem Vermögen entnommen wurde, das die Konkursmasse bildet. Dagegen hat, wenn der Vorschuss von einem Konkursgläubiger geleistet wurde, dieser Anspruch auf Ersatz aus der Masse, weil der vorgeschossene Betrag einen Teil der Gerichtskosten bildet. Hat ein solcher Antragsteller die in Frage stehende Summe ganz oder teilweise von einem Dritten geborgt, so kann gleichwohl nur er selbst, nicht der Darleiher Ersatz aus der Masse verlangen. Letzterer, welcher die Gerichtskosten nicht bezahlt und überhaupt eine Aufwendung für die Konkursmasse nicht gemacht hat, ist nicht als Massegläubiger anzusehen, sondern besitzt nur eine Darlehensforderung gegen den Antragsteller. Auch derjenige, welcher etwa dem Gemeinschuldner das Geld zur Entrichtung des Gebührenvorschusses vorgestreckt hat, ist nicht als Massegläubiger anzusehen. Vielmehr

[1]) Vgl. Stieglitz S. 463; Tränkner in Buschs Zeitschr. Bd. VII. S. 80 ff.; v. Völderndorff Bd. I. S. 599 Anm. 1. A. M. Fitting S. 128 § 14 Anm. 3 u. S. 289 § 35 Anm. 36.

steht ihm ebenfalls nur eine einfache Darlehensforderung zu, welche er im Konkursverfahren anmelden kann. Er hat nicht Gerichtskosten bezahlt, sondern ein Darlehen gegeben; dass dieses zu dem Zweck gewährt wurde, um davon den Vorschuss zu bestreiten, macht den Darleiher nicht zum Massegläubiger.[1]) Für die Herbeiführung eines Zwangsvergleichs können nach dem Gerichtskostengesetz (§§ 51—58) Gebühren nicht berechnet werden. Als Gerichtskosten können sonach hier nur Auslagen (Schreibgebühren, Postgebühren, Kosten von Bekanntmachungen u. s. w.) in Betracht kommen. Diese Kosten hat der den Zwangsvergleich vorschlagende Gemeinschuldner zu tragen, von dem sich der Verwalter nötigenfalls einen Vorschuss geben lassen muss. Als Massekosten sind die erwähnten Auslagen, wie auch in den Motiven (S. 242) betont wurde, nicht zu behandeln, da sie lediglich die Aufhebung des Konkursversfahrens bezwecken. Der Versuch eines Zwangsvergleichs kann allerdings auch im Interesse der Konkursgläubiger liegen. Dies ist jedoch nicht notwendig der Fall, insbesondere dann nicht, wenn der Antrag des Gemeinschuldners verworfen wird. Die Gläubiger, welchen ein Vorzugsrecht zusteht und welche an dem Zwangsvergleiche nicht unmittelbar beteiligt sind, haben gar kein Interesse an dem Zwangsvergleiche. Darauf, dass im Falle der Einstellung und Aufhebung des Konkursverfahrens die Gerichtsgebühren (§ 51 Z. 1) zu den Massekosten zählen, kann man sich für die entgegengesetzte Auffassung nicht berufen, denn nicht die Gerichtsgebühren, welche auch im Falle des Zwangsvergleichs als Massekosten anzusehen sind (§ 51 Z. 1), stehen hier in Frage, sondern Kosten, welche durch den vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlag entstehen und ganz überflüssig sein können. In der preussischen Konkursordnung (§ 194 Abs. 2) war in Ansehung des Zwangsvergleichs ausdrücklich gesagt, dass der Gemeinschuldner die gerichtlichen baren Auslagen und die aussergerichtlichen Auslagen zu tragen habe. Dasselbe muss aber auch nach der Konkursordnung gelten.[2])

2. *Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse.*

Zu den aussergerichtlichen Ausgaben für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse gehören zunächst: die Vergütung für die Auslagen und Bemühungen des Verwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses (§§ 77 u. 83), ferner die eigentlichen Verwaltungs- und Wirtschaftskosten, die Arbeits- und Gesindelöhne, die Mietsvergütungen, die Saat- und Erntekosten, Versicherungsprämien und dergleichen. (M. S. 243.) Bezüglich der in der preussischen Konkursordnung noch erwähnten Ausgaben zur Erhaltung und Verbesserung der Massegegenstände und zur Erstattung der deshalb geleisteten Vorschüsse wurde in den Motiven bemerkt: „Die letztern werden weniger als „Kosten" wie als „Schulden" zu betrachten und daher in die Kategorie der Masseschulden (§ 52 Z. 3) zu bringen sein, wie denn überhaupt auch andere obligatorische Verpflichtungen, welche zur Verwaltung oder Verwertung der Masse vom Verwalter eingegangen oder zu erfüllen sind, namentlich Dienstlöhne und Mietsgelder, die rechtliche Natur von Masseschulden haben können — ein Umstand, der im Falle der Unzulänglichkeit der Masse (§ 53) von Bedeutung ist.." Sind die in Frage stehenden Ausgaben vom Verwalter bestritten worden, besteht also eine Forderung an die Masse nicht mehr, so sind dieselben als Massekosten anzusehen und als solche nach § 50 vorweg aus der Konkursmasse zu bestreiten. Hat ein Dritter die in Frage stehenden Auslagen oder Vorschüsse gemacht, so steht ihm dagegen eine Forderung an die Masse zu, und deren Verbindlichkeit ist als Masseschuld im Sinne des § 52 anzusehen. Dasselbe gilt aber von den Forderungen Dritter für Arbeits- oder Gesindelohn, Mietsvergütung u. s. w. (Bem.

[1]) So v. Sarwey S. 461 Nr. 2a.; v. Wilmowski S. 236 Nr. 2 a. E. und jetzt auch v. Völderndorff Bd. I. S. 601.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 309 § 117 Anm. 25; Fuchs S. 70; Fitting S. 129, 130 § 14 Anm. 5; Meisner S. 214; Meves S. 76; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 72; v. Sarwey S. 460 und 794 Nr. 2a.; Stieglitz S. 354 Nr. I.; Willenbücher S. 106 Nr. 2a.; v. Wilmowski S. 235. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 600.

I. zu § 52 und Bem. 3 zu § 53.)[1]) Bezüglich der in der preussischen Konkursordnung besonders erwähnten öffentlichen Abgaben und Leistungen wurde in den Motiven bemerkt: „Der Entwurf rechnet die auf Grundstücken haftenden öffentlichen und gemeinen Abgaben hierher, also alle Grundsteuern, Leistungen zu Brücken- und Wegebauten, Kirchen- und Pfarrbauten, die Deichlasten, Schul-, Ortsarmenabgaben und dergl. dingliche Lasten, sofern sie Leistungen für die Zeit des Verfahrens betreffen; denn wenn auch der Gemeinschuldner nicht persönlich für sie verpflichtet ist, so lässt sich ohne sie der belastete Vermögensteil nicht benutzen und verwerten.[2]) Persönliche Steuern des Gemeinschuldners sind dagegen weder Massekosten noch Masseschulden.“ Auch erscheinen diese Ausführungen als zutreffend. Zu der Verwaltung des die Konkursmasse bildenden Vermögens gehört auch die Bestreitung der auf einzelnen Vermögensteilen haftenden Lasten. Sofern nicht die in Frage stehenden Grundstücke thatsächlich abgesondert wurden, die Massekosten sonach von der Absonderungsmasse zu tragen sind (Bem. 3 zu § 50), müssen dieselben hiernach gemäss § 51 aus der Konkursmasse bestritten werden. Ob eine Steuer als persönliche Abgabe anzusehen ist, oder an einem bestimmten Grundstücke haftet, ist nach dem am Orte der belegenen Sache geltenden Rechte zu beurteilen.

3) Die Vorschrift der Z. 3 bezieht sich nur auf diejenige Unterstützung, welche dem Gemeinschuldner und dessen Familie aus freien Stücken bewilligt worden ist (§§ 118 und 120), nicht auf den Unterhalt, den derselbe nach § 1 Abs. 2 beanspruchen kann. Wegen der Frage, ob die Verbindlichkeit zur Bestreitung dieses Unterhalts als „Masseschuld“ erscheint, ist die Bem. II. zu § 52 zu vergleichen.

Bezüglich der Frage, ob die Kosten der Beerdigung des Gemeinschuldners aus der Masse zu entnehmen seien, wurde in den Motiven (S. 244) bemerkt, dass weder Gründe des Rechtes noch der Moral für die Bejahung durchschlagend seien, da der Zweck und die Durchführung des Konkursverfahrens mit der Beerdigung in keinem Zusammenhang stehe. Auch kann ein rechtlicher Anspruch in dieser Beziehung in keinem Falle gegen den Verwalter erhoben werden.[3]) Sollte der Konkursverwalter oder die Gläubigerversammlung dem Gemeinschuldner und dessen Familie einen bestimmten Unterhaltsbeitrag bewilligt haben, so steht nichts im Wege, dass dieser zur Bestreitung der Beerdigungskosten des Gemeinschuldners oder eines Familiengliedes desselben verwendet wird.[4]) Dies ist jedoch lediglich Sache des Gemeinschuldners bezw. seiner Hinterbliebenen. Die Beerdigungskosten sind deshalb nicht als Massekosten anzusehen. Selbst wenn vom Verwalter oder Gläubigerausschuss für den erwähnten Zweck eine besondere Unterstützung gewährt wurde, was wohl geschehen kann, ist dieselbe nur als Unterhaltsbeitrag für die Familie anzusehen, nicht aber als besonderer Posten unter die Massekosten zu stellen.

[1]) Vgl. Fuchs S. 70, 71; v. Sarwey S. 462 ff.; Stieglitz S. 355, 356; v. Völderndorff Bd. I. S. 601; Wengler S. 362. A. M. v. Wilmowski S. 235, der alle Aufwendungen für das Konkursverfahren hierher, die übrigen Aufwendungen aber unter § 52 stellt.

[2]) So auch Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 309; Fitting S. 131 § 14 Anm. 13; Fuchs S. 70; Meisner S. 215; Meves S. 76; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 73; v. Sarwey S. 463; Stieglitz S. 356; Willenbücher S. 107 Nr. 3. A. M. ist v. Völderndorff, der Bd. I. S. 602 die Ansicht aufstellt, die öffentlichen Abgaben lasteten auf der Masse nicht infolge der Verwaltung derselben im engern Sinne, sondern infolge „einer Handlung des Verwalters“, nämlich des Umstandes, dass der Verwalter die Immobilien im Besitze behalte und nicht sofort veräussere; sie seien deshalb nicht als Massekosten, sondern als Masseschulden im Sinne des § 52 Z. 1 anzusehen, und hätten im Falle der Unzulänglichkeit den Vorrang vor den Massekosten. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden.

[3]) Vgl. Fitting S. 131 § 14 Anm. 14; Meves S. 77; v. Sarwey S. 464; Stieglitz S. 356; Wengler S. 363; Willenbücher S. 107 Nr. 4; O.-L.-G. Dresden 1. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 168.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 604, 605.

§ 52.

Masseschulden sind:

1. Die Ansprüche, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen;
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgen muss;
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

(E. § 52; M. S. 244—246; K. S. 249; pr. K.-O. §§ 42—44.)

I. Allgemeine Bemerkungen. — Begriff der Masseschulden.

Welches Verhältnis zwischen den in § 52 geregelten „Masseschulden" (im engern Sinne des Wortes) und den im § 51 aufgezählten „Massekosten" besteht, ist nicht ohne weiteres klar, da wegen der im § 51 erwähnten Aufwendungen Forderungen von Dritten bestehen können, welche eine Masseschuld begründen und umgekehrt eine Masseschuld im Sinne des § 51 in einer Ausgabe für die Verwaltung oder Verwertung der Masse ihren Grund haben kann. (Bem. II. 2 zu § 51.) Auch ist das Verhältnis nicht in sehr klarer Weise in den Motiven dargelegt, wo (S. 244) gesagt wird: „Den Kosten, welche als der sachlich notwendige Aufwand aus der Masse zu bestreiten sind, stehen die Masseschulden insofern gegenüber, als diese stets eine obligatorische Verbindlichkeit voraussetzen, und auch, ohne sachlich notwendiger Kostenaufwand zu sein, von Wirksamkeit sind." Es wird nämlich dadurch der Schein erregt, als ob zwischen „Massekosten" und „Masseschulden" ein begrifflicher Gegensatz bestehe, während ein solcher in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. (Vorbem. 1 zu §§ 50 ff.) In § 51 wird die Berichtigung der dort bezeichneten Aufwendungen mit Rücksicht auf deren Zweck gesichert, gleichviel ob der Konkursverwalter dieselben aus seinen Mitteln bestritten oder ein Dritter sie vorgeschossen hat oder ob sie noch an den ursprünglichen Empfangsberechtigten zu bezahlen sind. Durch § 52 wird in gleicher Weise festgestellt, dass gewisse Forderungen wegen ihrer Natur durch Vorwegnahme des hiezu erforderlichen Betrages aus der Masse zu befriedigen sind. Beide Bestimmungen sind also von einander unabhängig und gehen neben einander her, ohne sich zu berühren. Der Schein eines Gegensatzes sowie die Notwendigkeit, die „Masseschulden" von den „Massekosten" zu unterscheiden, entsteht erst durch die Rangordnung unter denselben für den Fall der Unzulänglichkeit der Masse bezw. durch die Vorschrift des § 53. Bei der Verpflichtung zur Zahlung der Massekosten handelt es sich, so oft einem Dritten ein Anspruch auf Zahlung zusteht, um eine Masseschuld im weitern Sinne des Wortes. Die Bemerkung, dass durch die vorstehende Erörterung eine durchgreifende, sachgemässe Unterscheidung nicht gewonnen werde, weil § 51 Z. 2 sowohl die zu leistenden, wie die schon geleisteten Ausgaben umfasse, ist nicht zutreffend. Die Massekosten als solche können bereits bestritten oder noch zu bestreiten sein. Wenn aber eine Ausgabe vom Verwalter bestritten worden ist, besteht bezüglich derselben keine Masseschuld mehr. Es kann hiernach allerdings vorkommen, dass ein bestimmter Betrag, welcher, wenn er bei Eintritt der in § 53 festgestellten Voraussetzungen noch nicht bezahlt wäre, in erster Linie als Masseschuld zu bezahlen sein würde, weil er zu dieser Zeit bereits berichtigt ist, erst in zweiter Linie berücksichtigt werden darf und den Verwalter nicht berechtigt, die Zahlung einer Masseschuld zu verweigern.[1]) Die Forderungen, welche in § 52 aufgezählt werden, geniessen

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 309 § 117 Anm. 24; Fitting S. 129 § 14 Anm. 4; Mandry S. 303 § 28; v. Sarwey S. 465 ff.; Stieglitz S. 357. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 605 Anm. 1 und v. Wilmowski S. 235.

hauptsächlich deshalb einen Vorzug vor den Massekosten, damit die Forderungsberechtigten, deren Ansprüche in einer Handlung des Verwalters oder einer Vorschrift des Gesetzes ihren Grund haben, nicht darunter leiden, dass das Konkursverfahren nicht gemäss §§ 99 bezw. 190 abgelehnt oder rechtzeitig aufgehoben wurde, weil die Mittel zur Bestreitung der Kosten fehlen. (Bem. 3 zu § 53.) Die Forderung eines Massegläubigers verliert die ihr anklebende Eigenschaft nicht dadurch, dass sie auf einen andern übergeht. Auch diesem gegenüber bleibt die in Frage stehende Verbindlichkeit eine Masseschuld. Unter welchen Voraussetzungen eine Forderung dieser Art auf andere Personen übergehen kann, insbesondere ob eine förmliche Übertragungserklärung erforderlich ist, oder der Übergang schon durch Befriedigung des Massegläubigers bewirkt wird, ist nach demjenigen bürgerlichen Recht zu beurteilen, unter dessen Herrschaft die Forderung steht.

II. Ansprüche aus Geschäften und Handlungen des Konkursverwalters.

In Z. 1 ist der Fall geregelt, dass einem Dritten aus einem Rechtsgeschäfte oder einer Rechtshandlung des Konkursverwalters ein Anspruch gegen die Masse erwachsen ist. Bezüglich dieser Vorschrift wurde in den Motiven (S. 244) bemerkt: „Ist das Geschäft oder die Handlung von ihm innerhalb der Grenzen seiner Befugnisse vorgenommen, so muss der daraus hervorgehende Anspruch zufolge der im ersten Titel besprochenen Stellung, welche der Verwalter einnimmt, gegenüber den Konkursgläubigern verbindlich sein. Der rechtsverbindliche Anspruch ist aus der Konkursmasse ebenso zu erfüllen, wie ihn der Gemeinschuldner ausserhalb des Konkursverfahrens erfüllen müsste. Danach ergiebt sich besonders die bestrittene Pflicht zur Eviktionsleistung für eine von dem Verwalter geschehene Veräusserung.[1]) Dass der Verwalter sich für einen Anspruch, der aus der Konkursmasse zu erfüllen ist, gegen die Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner regresspflichtig machen kann, bedarf kaum der Erwähnung.“ Damit die Z. 1 zur Anwendung kommt, wird selbstverständlich erfordert, dass dem Dritten überhaupt ein Anspruch auf Befriedigung aus der Konkursmasse zusteht, d. h. dass diese durch die Handlung des Verwalters belastet wird. In § 52 wird allenthalben eine solche Verpflichtung vorausgesetzt und im § 50 nur die Befriedigung der Gläubiger in anderer Weise als bei den einfachen Konkursgläubigern geregelt. Lässt sich aus der Handlung des Konkursverwalters nur ein Anspruch, z. B. eine Schadenersatzforderung, gegen diesen selbst ableiten, so fehlt es an der wesentlichsten Voraussetzung des §. Wenn sich der Verwalter bei einer Rechtshandlung, aus welcher Ansprüche Dritter gegen die Masse entstehen, einer Überschreitung seiner Befugnisse oder ein Verfahren zu schulden kommen lässt, wodurch seine Verpflichtung zum Schadenersatz begründet wird, so besteht neben der Masseforderung des Dritten[2]) eine Rückgriffsforderung der Gläubiger gegen den Konkursverwalter. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Anspruch gegen die Masse durch das Rechtsgeschäft oder die Handlung des Konkursverwalters entstanden ist. Es genügt sonach nicht, dass dieser eine bereits früher bestehende Forderung anerkannt hat. Die Z. 1 wird hauptsächlich zur Anwendung kommen, wenn ein von dem Konkursverwalter abgeschlossener Vertrag oder ein von demselben ohne Erfolg geführter Prozess u. s. w. in Frage steht. Es kann aber auch eine einfache Verwaltungshandlung des Konkursverwalters, sei dieselbe eine rechtliche oder widerrechtliche, genügen. Das bürgerliehe Recht entscheidet darüber, ob der Gemeinschuldner bezw. dessen die Konkurs-

1) Diese Verpflichtung wurde unter der Herrschaft der preussischen Konkursordnung bestritten von Koch, Recht der Forderungen § 57 Bd. I. S. 657. Vgl. auch Goltdammer § 42 Bem. 3 S. 146. Im Sinne der Motive sind noch zu vergl. v. Sarwey S. 468 a. E.; Stieglitz S. 358; v. Völderndorff Bd. I. S. 607, 608; Wengler S. 364; Willenbücher S. 108 Nr. 1.

2) Vgl. R.-G. (I.) 29. Mai 1880 und 1. Dez. 1886, Entsch. Bd. II. S. 265 ff. bes. S. 269, Bolze Bd. IV. Nr. 1574, jur. Wochenschr. 1887 S. 14 und Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 395 ff.

masse bildendes Vermögen für die Folgen der vom Verwalter als seinem Vertreter vorgenommenen Handlung haften muss (Bem. II. zu § 5).[1])

Auch die Erwirkung von einstweiligen Verfügungen,[2]) die Beschädigung dritter Personen, die ungerechtfertigte Verweigerung einer Aussonderung oder der abgesonderten Befriedigung sowie die Besitzergreifung von Gegenständen, deren Zugehörigkeit zur Masse später mit Erfolg bestritten wird, kann eine Masseschuld begründen. Insbesondere ist der Anspruch des Gemeinschuldners auf Gewährung des Unterhalts aus den gemäss § 1 Abs. 2 in die Konkursmasse fallenden Nutzungen nach Z. 1 als Masseanspruch anzusehen, denn die Thatsache, dass der Konkursverwalter die Verwaltung des dem Niessbrauch unterworfenen Vermögens übernommen hat, verpflichtet denselben, die darauf ruhenden Lasten zu bestreiten (Bem. IV. 3 zu § 1), und diese Verpflichtung ist als Masseschuld anzusehen. In den Motiven zu § 51 (S. 244) wurde zwar die Ansicht ausgesprochen, dass die Mittel, welche zur Gewährung des gesetzlich zugesicherten Unterhalts dienten, nicht zur Konkursmasse gehörten. Diese Auffassung hat aber durch die jetzige Fassung des § 1 Abs. 2 ihre Unterlage verloren. (Bem. IV. 2 und 3 zu § 1.)

III. Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, welche der Konkursmasse gegenüber zu erfüllen sind.

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Die Vorschrift der Z. 2 hat diejenigen Fälle zum Gegenstand, in denen ein Rechtsgeschäft zwar vor der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner eingegangen wurde, der Anspruch auf Erfüllung aber erst nach der Eröffnung zufolge einer Rechtshandlung des Verwalters oder zufolge des Gesetzes entsteht. Der Grund, aus welchem der Erfüllungsanspruch Masseschuld wird, liegt hier in der Wirkung der Konkurseröffnung auf die zur Zeit noch schwebenden Rechtsgeschäfte. Der Regel nach hemmt die Konkurseröffnung die Erfüllung der noch nicht erfüllten Verträge und es löst sich der Erfüllungsanspruch in eine Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung auf. (Bem. I. 1 zu § 15 und Bem. III. 2 zu § 21). Von dieser Regel giebt es aber zwei Ausnahmen.

a. Wenn der Verwalter auf Grund des § 15 die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages verlangt, muss er den Vertrag auch seinerseits vollständig erfüllen und zwar ist der Gegenstand der Leistung aus der Masse zu entnehmen. Was der Gemeinschuldner noch zu leisten hat, ist als Masseschuld anzusehen. Als rückständige Leistung des Gemeinschuldners ist jede zur vollständigen Erfüllung, also auch die zur Verbesserung oder Vervollständigung einer mangelhaften oder teilweisen Erfüllung erforderliche Leistung anzusehen. Hatte der Gemeinschuldner beispielsweise 100 Säcke Weizen zu liefern gehabt, aber nur 50 Säcke und diese in einer geringern als der vertragsmässigen Beschaffenheit geliefert, so gehört die Befriedigung des etwaigen Entschädigungsanspruchs aus der mangelhaften Erfüllung, durch welche deren Ergänzung herbeigeführt werden soll, ebenso zur Vertragserfüllung wie die noch ausstehende Lieferung der Ware selbst.[3]) Dagegen fällt nicht unter den Begriff der „rückständigen Leistung“ diejenige Entschädigung, welche auf Grund einer vom Gemeinschuldner früher gemachten selbständigen Leistung wegen vorhandener Mängel oder wegen Entwährung beansprucht wird. Derartige Ansprüche, welche lediglich als Entwährungs- oder reine Schadenersatzforderungen anzusehen sind, können nur als Konkursforderungen geltend gemacht werden.

[1]) Das preussische Obertribunal entschied am 5. Juli 1850 (Entsch. Bd. 19 S. 488), wenn ein Konkursverwalter ohne rechtlichen Grund von einer fremden Sache für die Konkursmasse Besitz ergreife und deren Rückgabe verweigere, so sei die Konkursmasse für den Schaden verantwortlich und es brauche sich der Eigentümer mit seiner Entschädigungsforderung nicht auf den Konkurs einzulassen.

[2]) Vgl. jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. X. S. 119 ff. bes. S. 121.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 609; Willenbücher S. 108 Nr. 2a.; v. Wilmowski S. 238, 239.

b. Ähnlich liegt die Sache bezüglich derjenigen Verträge, deren Erfüllung in einer längere Zeit hindurch fortgesetzten Leistung besteht und in Ansehung deren das Gesetz vorschreibt, dass die Erfüllung auch für die Zeit nach der Konkurseröffnung verlangt werden kann. (§§ 17, 19, 20.) In diesen Fällen ist z. B., wenn der Gemeinschuldner eine Sache gepachtet oder gemietet oder jemand in Dienst genommen hatte, der Pacht- und Mietzins bezw. die Vergütung für die zu leistenden Dienste insoweit vollständig aus der Masse zu bezahlen, als die Gewährung des Gebrauchs der Sache oder die Leistung von Diensten in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt, ohne dass es in dieser Beziehung auf den Fälligkeitstermin ankommt.[1]) Ebenso sind andere erst nach der Konkurseröffnung entstandene Verbindlichkeiten aus Pacht- und Mietverträgen, sowie derartige Ansprüche aus andern Rechtsverhältnissen z. B. aus Gesellschafts- und Gemeinschaftsverhältnissen, welche ungeachtet der Konkurseröffnung fortgesetzt werden, als Masseschulden anzusehen. Als solche gilt z. B. der nach der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gewerken durch Beschluss der Gewerkschaft festgesetzte Beitrag, sowie die Einzahlung auf Aktien, welche nach der Konkurseröffnung verlangt wird. Immer ist jedoch hier vorausgesetzt, dass der Verwalter das in Frage stehende Gesellschaftsverhältnis fortgesetzt hat.[2]) Ein derartiger Anspruch könnte zwar an sich auch zu den Massekosten gerechnet werden, weil es sich um Ausgaben handelt, welche durch die Verwaltung der Masse erfordert werden.[3]) Die besondere Vorschrift des § 52 Z. 2 geht aber der allgemeinen Vorschrift des § 51 Z. 2 vor.

Wenn die erörterten Ausnahmen Platz greifen, muss dem Gläubiger, der zur Erfüllung angehalten wird, auch die Gegenleistung vollständig aus der Konkursmasse gewährt werden.

2. *Anspruch des Pächters auf Rückgabe der Pachtkaution und des Pachtinventars.*

Wenn dem Gemeinschuldner als Verpächter vom Pächter eine Sicherheit bestellt wurde, so ist, wie auch das preussische Obertribunal in einem Erkenntnisse vom 18. September 1868 (Striethorst, Arch. Bd. 71 Nr. 70 S. 329) angenommen hat, der Anspruch auf Rückgabe dieser Sicherheit nicht als Masseanspruch sondern lediglich als Konkursforderung anzusehen, weil die Verpflichtung zur Rückgabe schon durch die Empfangnahme der Sicherheitsleistung begründet worden war, also nicht aus der Zeit stammt, für welche der Vertrag auf Rechnung der Masse zu erfüllen ist.[4]) Aus demselben Grunde muss aber auch der Anspruch des Verpächters, den er gegen den Gemeinschuldner als Pächter auf Ersatz der fehlenden Bestandteile des Pachtinventars geltend macht, sofern derselbe aus der Zeit vor der Konkurseröffnung herrührt und dies in gehöriger Weise festgestellt worden ist, als Konkursforderung angesehen werden. Die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars ist ebenso wie die zur Rückgabe der geleisteten Sicherheit im Augenblick der Übernahme und die Verbindlichkeit zum Ersatz wegen etwaiger Verschleuderungen oder Verschlechterungen in dem Augenblicke entstanden, in welchem diese vorgenommen wurden, wenn auch die Forderung, wie diejenige auf Rückgabe der Sicherheit, erst nach Beendigung des Pachtverhältnisses geltend gemacht werden kann. Das preussische Obertribunal hat zwar am 1. März 1872 (Entsch. Bd. 67 Nr. 7, S. 73) erkannt, dass der Anspruch auf Ersatz der fehlenden Bestandteile eine Masseschuld begründe, gleichviel ob derselbe vor oder nach Eröffnung des Verfahrens entstanden sei. Diese Ansicht kann aber nicht als richtig angesehen werden und steht insofern im Widerspruch mit der Entscheidung vom 18. Septem-

[1]) Vgl. O.-L.-G. Köln 8. Nov. 1884, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 52.

[2]) Vgl. Meisner S. 216 Anm. 2; v. Sarwey S. 470, 471; Stieglitz S. 361; v. Wilmowski S. 239; v. Völderndorff Bd. I. S. 610; R.-G. (I.) 22. Mai 1880, Entsch. Bd. II. S. 262 ff. bes. S. 264.

[3]) So das R.-G. (V.) 8. Dez. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 174, 175, u. Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 73.

[4]) Vgl. Fitting S. 133 § 14 Anm. 19; v. Sarwey S. 429, 471, 472; v. Völderndorff Bd. I. S. 610; Willenbücher S. 108 Nr. 2b.; v. Wilmowski S. 239.

ber 1868, als darin gesagt ist, die Verpflichtung zur Rückgabe des Inventars entstehe erst mit der Beendigung des Pachtverhältnisses. Im allgemeinen ist es gleichgültig, ob der Verpächter Eigentümer des Inventars geblieben ist und ein Aussonderungsrecht sowie Ersatzansprüche geltend macht, oder ob der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung durch Eisernviehvertrag als Pächter Eigentümer war und nur zur Zurückgabe in gleicher Menge und Güte verpflichtet ist. Die Forderung des Pächters war jedenfalls schon zur Zeit der Konkurseröffnung bedingt oder befristet entstanden. Nur insofern besteht ein Unterschied, als lediglich im ersten Falle von einem nach der Konkurseröffnung entstandenen, die Entschädigungsforderung begründenden, Mangel die Rede sein kann. Im ersten Falle besteht eine Verpflichtung zur Aussonderung der in Natur vorhandenen, dem Pächter gehörigen Stücke und zu Schadenersatz, im zweiten Falle nur eine solche zur Rückgewähr der gleichen Menge von Inventarstücken in gleicher Güte. Etwaige Mängel sind jedenfalls entstanden, als der Gemeinschuldner Eigentümer war. Auf die Entstehungszeit kommt es hienach nicht an.[1])

IV. Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse.

Wenn die Masse ohne Rechtsgrund bereichert worden ist und deshalb ein Anspruch gegen dieselbe besteht, so ist derselbe nach Z. 3 als Masseanspruch anzusehen. In einzelnen Fällen hat die Konkursordnung ausdrücklich die Verpflichtung des Verwalters festgestellt, die in die Konkursmasse gelangte Gegenleistung, soweit eine Bereicherung vorliegt, herauszugeben bezw. dafür Ersatz zu gewähren (§§ 6, 31, 38). Aber auch in andern Fällen, in denen ein Bereicherungsanspruch nach dem bürgerlichen Rechte dem Verwalter gegenüber als solcher besteht, muss die Vorschrift des § zur Anwendung kommen. In den Motiven (S. 246) wurden als Beispiele solcher Fälle angeführt: „Die Pflicht zur Erstattung nützlicher Auslagen an den Vindikationsbeklagten oder zur Erstattung anderer ad promovendam massam gemachter Auslagen". Damit die Anwendung der Vorschrift gerechtfertigt ist, müssen zwei Voraussetzungen vorliegen. Es muss zunächst ein Bestandteil eines fremden Vermögens in die Masse geflossen, d. h. der fremde Vermögensbestandteil muss in denjenigen Teil des dem Gemeinschuldner gehörigen Vermögens gelangt sein, welcher die Konkursmasse bildet. Demnach gehören nur solche Bereicherungen hierher, welche nach der Konkurseröffnung erfolgt sind, denn vorher hat eine Konkursmasse nicht bestanden. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Gegenstand, welcher die Bereicherung bilden soll, in die Hände des Verwalters gelangte, denn was der Gemeinschuldner selbst erhielt, enthält eine Bereicherung der Masse nicht. Nur eine gewöhnliche Schadenersatzforderung (Konkursforderung) ist sonach begründet, wenn von dem Gemeinschuldner oder den Vertretern seines Nachlasses eine fremde Sache verkauft und der Erlös vor der Konkurseröffnung vereinnahmt, oder wenn von einer dieser Personen eine dem Gemeinschuldner nicht geschuldete Zahlung angenommen oder die Gegenleistung aus einem mit dem Gemeinschuldner geschlossenen, vom Verwalter mit Erfolg angefochtenen, Vertrage eingezogen wurde. (Vgl. M. a. a. O., ferner Bem. 2 zu § 38 und Bem. zu § 31.)[2])

Eine weitere Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift ist die, dass der fremde Vermögensbestandteil ohne Rechtsgrund in die Masse geflossen sein muss. Der Anspruch

[1]) Vgl. Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 472, 473; Stieglitz S. 360; Willenbücher a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 611 u. Wengler S. 366, welche sich dem Obertrib. angeschlossen haben.

[2]) Das preussische Obertribunal entschied am 22. Juni 1871 (Striethorst, Arch. Bd. 82 Nr. 49 S. 228 ff.), dass die an den Erben des Gemeinschuldners auf eine nicht bestehende Schuld geleistete Zahlung, welche einer Zahlung an den Gemeinschuldner gleichstehe, nur eine Konkursforderung begründe, und am 9. Jan. 1872 (Entsch. Bd. 66 Nr. 41 S. 299 ff.), dass die Veräusserung einer im Nachlasse befindlichen Sache durch das Nachlassgericht und die Einziehung des Erlöses durch dasselbe einen Masseanspruch nicht bewirke, da der Erlös in die Nachlassmasse geflossen sei, es sich also ebenso verhalte, als ob der Gemeinschuldner selbst die Zahlung empfangen hätte.

auf Entschädigung für die Leistung aus einem unanfechtbaren Vertrage begründet sonach keine Masseschuld, wenn die Gegenleistung infolge der Konkurseröffnung unterblieben war. (§ 21.) Dagegen ist die Masse bereichert, wenn der Verwalter einen Gegenstand, bezüglich dessen ein Absonderungsrecht begründet war, veräussert und den Kaufpreis vereinnahmt hat. Ob dieses Absonderungsrecht bereits geltend gemacht war, ist unerheblich, denn es kommt nur darauf an, ob die Absonderung sachlich gerechtfertigt war, die Verwendung des Kaufpreises sonach „ohne Rechtsgrund“ erfolgte, nicht darauf, ob dem Verwalter ein Verschulden zur Last fällt. Zur Veräusserung würde der Verwalter auch nach der Geltendmachung des Absonderungsrechtes befugt gewesen sein. Auf die Zeit der Geltendmachung kann es sonach nicht ankommen.[1])

§ 53.

Sobald sich herausstellt, dass die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht, tritt eine verhältnismässige Befriedigung derselben in der Weise ein, dass zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung zu berichtigen sind.

(E. § 53; M. S. 247—250; K. S. 49; pr. K.-O. § 45.)

1) Die Massegläubiger stehen weder untereinander noch mit den Konkursgläubigern in einer Gemeinschaft. In der Regel, d. h. so lange der in § 53 vorgesehene Fall (Bem. 2) nicht vorliegt, kann jeder Massegläubiger, welcher Art auch seine Forderung sei, sobald diese fällig ist, deren Befriedigung vom Konkursverwalter verlangen. Er braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass er, weil keine Mittel oder noch andere ihm vorgehende Massegläubiger vorhanden seien, damit hingehalten wird. Die Vorschriften, welche für die Konkursgläubiger gelten, sind für die Massegläubiger, welche sich an dem Verteilungsverfahren nicht zu beteiligen haben, nicht massgebend. Die §§ 10—12 hindern daher nicht die gesonderte Verfolgung der Masseansprüche, insbesondere nicht Klage, Arrest und Pfändungen. In § 45 der preussischen Konkursordnung war dies ausdrücklich ausgesprochen. Diese Vorschrift wurde aber als selbstverständlich nicht in die Konkursordnung aufgenommen. (M. S. 248 vergl. jedoch Bem. 3.)[2]) Abgesonderte Befriedigung im Sinne der Konkursordnung findet in Ansehung der Masseschulden nicht statt.[3]) Wenn dem Verpächter oder Vermieter nach den Landesgesetzen bezüglich des nach der Konkurseröffnung fällig gewordenen Pacht- bezw. Mietzinses an den eingebrachten Sachen ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Vorrecht zusteht, so kann er diese Rechte jedoch dem Verwalter gegenüber geltend machen. Nach § 41 Z. 4 erstreckt sich das Absonderungsrecht auch auf den laufenden Zins, worunter nur der seit der Konkurseröffnung laufende verstanden werden kann. (Vergl. Bem. II. 4 zu § 41.)

Aus dem aufgestellten Grundsatze folgt auch, wie in den Motiven besonders hervorgehoben und gerechtfertigt wurde, dass ein Massegläubiger, welcher für seine Forderung Befriedigung erlangte, selbst dann nicht verpflichtet ist, die erhaltene Summe zurückzugeben oder einen andern Massegläubiger zu entschädigen, wenn sich später herausstellt, dass die

[1]) A. M. v. Sarwey S. 474.

[2]) § 45 der preussischen Konkursordnung lautete: »Die Ansprüche der Massegläubiger sind unabhängig von dem im Konkurse stattfindenden Anmeldungs- und Verteilungsverfahren geltend zu machen und zu befriedigen. Die Befriedigung erfolgt, sobald die Ansprüche feststehen und fällig sind.«

[3]) Vgl. O.-L.-G. Köln 8. Nov. 1884, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 52.

Masse nicht zur Befriedigung aller Massegläubiger hinreicht und solche Gläubiger vorhanden sind, welche ihm nach § 53 vorgehen würden. Nur wenn ein Gläubiger bezahlt wurde, nachdem es sich herausgestellt hat, dass die Masse nicht ausreicht, um alle Massegläubiger zufrieden zu stellen, kann er zur Rückzahlung des zuviel Empfangenen angehalten werden (Bem. 2). Das Verhältnis ist hier ein anderes als bei dem Konkursgläubiger, der mehr als seinen Anteil erhalten hat, und als in denjenigen Fällen, in welchen bei einem Verteilungsverfahren im Laufe der Zwangsvollstreckung eine Mehrzahlung stattgefunden hat. Ein Gemeinschaftsverhältnis, wie es in diesen Fällen vorliegt, besteht zwischen den Massegläubigern nicht. Deshalb kann der Massegläubiger, der aus einer unzureichenden Masse befriedigt wurde, ebensowenig zur Rückzahlung angehalten werden wie ein Gläubiger, der vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder vor Einleitung der Zwangsvollstreckung u. s. w. vom Schuldner Zahlung erhalten hat. (M. S. 247, 248.)

2) Wenn die Masse sich als unzureichend erweist, so tritt grundsätzlich eine verhältmässige Minderung der den Massegläubigern zustehenden Forderungen nicht ein. Vielmehr erfolgt dann die Verteilung in Gemässheit einer besondern Rangordnung. Nur innerhalb der einzelnen Klassen derselben tritt unter Umständen eine Minderung ein. Diese Art der Verteilung wird aber nicht schon durch den Umstand begründet, dass in einem beliebigen Zeitpunkt der Betrag der verfügbaren Gelder geringer ist als derjenige der Masseschulden und Massekosten. Vielmehr tritt dieselbe erst dann ein, wenn die Unzulänglichkeit der Masse unter Berücksichtigung des Wertes aller, auch der noch nicht versilberten, Massebestandteile endgültig festgestellt ist. Ob es sich in einem bestimmten Augenblicke bereits herausgestellt hatte, dass die Konkursmasse zur Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreiche, hat im Falle eines Streites das Prozessgericht zu entscheiden. Wird die Frage bejaht, so tritt damit für die Massegläubiger, welche nach dem in Frage stehenden Zeitpunkte noch Zahlung erhalten hatten, die Verpflichtung ein, das zuviel Erhaltene zurückzuzahlen. Von diesem Zeitpunkte an ist zwischen den Massegläubigern eine Gemeinschaft begründet und müssen die in § 53 aufgestellten Grundsätze bezüglich der Befriedigung derselben massgebend sein. Auch kann der Konkursverwalter, wenn er den Vorschriften des § zuwidergehandelt hat, persönlich zum Ersatze des dadurch entstandenen Schadens angehalten werden.

3) Sofern der in der vorigen Bemerkung erörterte Fall eingetreten ist, hört die Befugnis und Verpflichtung des Konkursverwalters, jeden seine Befriedigung verlangenden Massegläubiger zu bezahlen, auf. Von diesem Zeitpunkte an haben die Massegläubiger auch nicht mehr das Recht, gesondert Zwangsvollstreckung in Massegegenstände zu betreiben. Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetze gesagt. Aber ohne die erwähnte Beschränkung lässt sich § 53 überhaupt nicht vollziehen. Die ungeachtet des Eintritts des erwähnten Zeitpunktes vorgenommenen Vollstreckungshandlungen sind hienach als unwirksam anzusehen. Was ein Massegläubiger nach Feststellung der Unzulänglichkeit durch Zahlung seitens des Verwalters oder infolge einer Zwangsvollstreckung erlangt hat, kann der Konkursverwalter wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern.[1]) Den übrigen Massegläubigern steht ein solches Rückforderungsrecht nicht zu, weil das zuviel Bezahlte nicht aus ihrem Vermögen sondern aus dem des Gemeinschuldners entnommen wurde, dieses aber lediglich der Verfügung des Verwalters untersteht.[2]) Die bereits vor der Feststellung der Unzulänglichkeit vorgenommenen Pfändungen verlieren durch diese Feststellung ihre Wirkung nicht, gewähren vielmehr den übrigen Massegläubigern gegenüber ein Recht auf abgesonderte Befriedigung. Die Massegläubiger, welche sich durch Pfändung Sicherung verschafft haben, nehmen den übrigen Massegläu-

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 310 § 117 Anm. 33; Fitting S. 135 § 14 Anm. 24. Hullmann S. 201; Meves S. 79; v. Sarwey S. 477; Stieglitz S. 363 Nr. IV; v. Völderndorff Bd. I. S. 612, 613 Anm. 1; Willenbücher S. 110 Nr. 3; v. Wilmowski S. 242.

[2]) Vgl. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller, bes. Hullmann u. v. Völderndorff.

bigern gegenüber dieselbe Stellung ein, wie andere Absonderungsberechtigte gegenüber den Konkursgläubigern. Sie müssen den Überschuss aus dem Erlöse zur Masse liefern und haben wegen eines Ausfalls, der sich bei der abgesonderten Befriedigung ergiebt, den Anspruch auf diejenige Befriedigung, welche ihnen § 53 gewährt. (§ 57.)

Die bei Feststellung der Unzulänglichkeit vorhandenen Mittel hat der Verwalter in der Weise zu verwenden, dass:

a. zunächst die vorhandenen Masseschulden,

b. sodann die baren Auslagen, welche zur Bestreitung der Massekosten erforderlich sind,

c. die übrigen Massekosten bestritten werden und erst, wenn allen diesen Anforderungen genügt ist,

d. der Rest zur Auszahlung der dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligten Unterstützung verwendet wird.

Bezüglich des Begriffs von „Masseschulden" und „Massekosten" ist auf die Bem. I. zu § 52 zu verweisen. Zur Rechtfertigung des Vorrechtes der Masseschulden wurde in den Motiven (S. 249) auf Billigkeitsrücksichten sowie auf die Ähnlichkeit mit der Liquidation einer Handelsgesellschaft verwiesen, bei welcher die Kosten nur den Gesellschaftern, nicht den Gesellschaftsgläubigern zur Last fielen. Es soll nicht der letzte zur Befriedigung von Gläubigern verfügbare Rest der Masse durch Gerichtskosten aufgezehrt werden, zumal das Gesetz vorschreibt, dass die Konkurseröffnung abzulehnen und das Verfahren aufzuheben sei, sofern es an einer den Kosten entsprechenden Masse fehle. (§§ 99 und 190.)

Was das Verhältnis zwischen den baren Auslagen und den übrigen Massekosten anbelangt, so handelt es sich hier nach den frühern Ausführungen nur um solche Auslagen, welche vom Verwalter bestritten worden sind, denn wenn ein Dritter bare Auslagen gemacht und deren Vergütung zu fordern hat, liegt eine Masseschuld vor. (Bem. I. zu § 52.)

4) Wenn die Voraussetzungen des § vorliegen, so hat der Konkursverwalter die Massegläubiger nach der im Gesetze vorgeschriebenen Reihenfolge zu befriedigen und, soweit eine bestimmte Klasse nicht vollständig befriedigt werden kann, die Forderungen nach dem Verhältnisse ihres Betrags zu berichtigen. Ein besonderes Verteilungsverfahren ist nicht vorgeschrieben. Auch kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber ein solches wollte, weil er sonst besondere Bestimmungen getroffen oder auf die Vorschriften der §§ 137 ff. verwiesen haben würde. Diese §§ sind deshalb nicht zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Es bedarf sonach weder der in § 138 vorgesehenen Genehmigung des Gläubigerausschusses noch einer besondern vom Gerichte zu genehmigenden Schlussverteilung (§ 149).[1])

Falls Streit über die Art der Verteilung entsteht, so muss es in Ermangelung besonderer Bestimmungen den Massegläubigern überlassen bleiben, ihre Rechte gegenüber den andern Gläubigern im Prozesswege (durch Feststellungsklage) zu verfolgen. Der Verwalter muss dann die streitigen Beträge hinterlegen.[2])

[1]) Vgl. Meisner S. 219; v. Sarwey S. 477; v. Völderndorff Bd. I. S. 614 lit. e.; v. Wilmowski S. 241. A. M. Fitting S. 135 § 14 Anm. 26; Hullmann S. 201; Stieglitz S. 363; Wengler S. 369.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 110 Nr. 2 a. E. und v. Wilmowski S. 242. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 614, welcher Anrufung des Konkursgerichtes und Beschwerde gegen dessen Entscheidung zulassen will.

Achter Titel.

Konkursgläubiger.

(§§ 54—63.)

Vorbemerkungen.

Welche Personen als Konkursgläubiger anzusehen sind, ist in § 2 bestimmt, bei dessen Erläuterung auch die rechtliche Stellung dieser Gläubiger und deren Verhältnis untereinander erörtert worden ist. Im achten Titel wird die Frage, welche Forderungen im Konkursverfahren geltend gemacht werden können, nur noch in § 56 berührt, der gewisse Forderungen vom Konkursverfahren ausschliesst. Im übrigen wird die Art und Weise geregelt, in welcher die einzelnen Konkursforderungen zu berücksichtigen sind. Zunächst werden in § 54 die Vorzugsrechte, welche die Konkursordnung noch beibehalten hat, bestimmt; sodann wird in § 55 das Verhältnis der Nebenforderungen (Kosten, Vertragsstrafen und Zinsen) zur Kapitalsforderung festgesetzt. In § 57 wird die Art der Befriedigung solcher Konkursforderungen geregelt, denen ein Absonderungsrecht zur Seite steht, in den §§ 58—60 die Behandlung der Forderungen, welche betagt oder bedingt sind. § 61 handelt von der Geltendmachung der Forderungen, für welche mehrere Personen samtverbindlich haften; die §§ 62 und 63 beschäftigen sich mit den Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind oder bei denen es sich um wiederkehrende Hebungen handelt.

§ 54.

Die Konkursforderungen werden nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältnis ihrer Beträge, berichtigt:

1. die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners rückständigen Forderungen an Lohn, Kostgeld oder andern Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirtschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten;
2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 als fällig gelten; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschussweise zur Kasse entrichtet hat;
3. die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;

4. die Forderungen der Ärzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmässigen Gebührnisse nicht übersteigt;
5. die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist.
6. alle übrigen Konkursforderungen.

(E. § 54; M. S. 250—268; K. S. 49—53, 150—152; pr. K.-O. §§ 72—82.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Bei Aufstellung des Entwurfes war die Auffassung massgebend, dass die Vorrechte, welche den einzelnen Konkursgläubigern zustehen, sowohl für das Konkursverfahren als solches, das dadurch zu verwickelt und schleppend werde, als für die Kreditverhältnisse vom Übel seien, und die Beseitigung aller Vorrechte das Ziel sein müsse, welches die Gesetzgebung nicht aus den Augen verlieren dürfe. Es wurden deshalb nur einzelne Vorrechte als Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatze der Gleichberechtigung aller Konkursgläubiger aufgestellt. Auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung kommt es bezüglich dieser Vorrechte nicht an. Dieselben sind vielmehr auch in Ansehung solcher Forderungen begründet, welche schon vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstanden und mit denen nach der frühern Gesetzgebung gar kein Vorrecht oder ein schwächeres verknüpft war. Da die von der Konkursordnung eingeräumten Vorrechte und der mit denselben verbundene Rang in der Beschaffenheit der Forderung ihren Grund haben, kann man nicht sagen, dass der Gläubiger durch die Anwendung des Gesetzes einen ungerechtfertigten Vorteil erlange. Jedenfalls muss in einem nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkursverfahren die Konkursordnung einschliesslich des § 54 auf alle im Verfahren in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz selbst eine Ausnahmebestimmung getroffen hat. (§ 8 E.-G.)[1]) Auf ein ausserhalb des Konkursverfahrens stattfindendes Verteilungsverfahren kann § 54 natürlich nur dann zur Anwendung kommen, sofern ein besonderes Gesetz diese vorschreibt.[2])

Zunächst wurden alle allgemeinen Vorzugsrechte, welche sich auf vertragsmässige Einräumung gründen, sodann alle Generalhypotheken beseitigt. Die besondern Vorzugs-, Pfand- und Hypothekenrechte gehören ohnedies nicht in das Konkursverfahren, bewirken vielmehr die Absonderung der einzelnen verhafteten Gegenstände (§ 3 und §§ 39—45). Es blieb daher nur Raum für eine einzige Klasse von allgemeinen gesetzlichen Vorrechten oder Bevorrechtigungen. „Bei der Konkursmasse kann es lediglich um gesetzliche Generalprivilegien sich handeln. Damit zerfällt der Bau jeder Klassenordnung, es giebt nur eine Klasse begrifflich gleicher Vorzugsrechte, nur einzelne bevorzugte Personalforderungen, mit ihrem Range untereinander.“ (M. S. 252.) Die in einer Ziffer aufgezählten Forderungen haben

[1]) R.-G. (II.) 7. Dez. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 41 ff.
[2]) Vgl. württemb. Jahrbücher Bd. I. S. 94 Nr. 8 und S. 116, 117.

den Vorrang vor denjenigen, welche unter einer spätern Ziffer stehen. Die unter eine und dieselbe Ziffer gehörigen Gläubiger kommen dagegen nebeneinander zum Zuge, so dass bei Unzulänglichkeit der Masse eine verhältnismässige Minderung aller unter einer Ziffer stehenden Forderungen eintritt.

Die Vorrechte, welche sich aus § 54 ergeben, hat der Konkursverwalter nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag zu berücksichtigen (beneficia non obtruduntur).[1]) Die Anmeldung des Vorrechtes (§ 127) hat unter Bezeichnung der Rangklasse spätestens im Prüfungstermine zu erfolgen. Ist dieselbe unterblieben, so ist die Forderung als einfache Konkursforderung (§ 54 Z. 6) zu behandeln. Wurde die ohne Vorrecht angemeldete Forderung als unstreitig festgestellt, so kann die Anmeldung des Vorrechtes nicht mehr nachgeholt werden. Vielmehr steht der nachträglichen Geltendmachung die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache (§ 133 Abs. 2) im Wege.[2]) Der Rang eines Vorrechtes ist ebenso wie dessen Bestand auch dann nach der deutschen Konkursordnung zu beurteilen, wenn die Forderung selbst im Auslande entstanden ist und unter der Herrschaft des ausländischen Rechtes steht.[3]) Einer Änderung der Rangordnung durch die Landesgesetze steht § 4 des E.-G. entgegen. Aber auch Privatvereinbarungen bezüglich des Rangverhältnisses sind ausgeschlossen, da die einzelnen Vorrechte in der Beschaffenheit der berechtigten Forderungen ihren Grund haben und an diesen haften. Ein Gläubiger kann wohl auf sein Vorrecht verzichten und dadurch einem nachfolgenden bevorrechtigten Gläubiger den Vorrang vor seiner eigenen Forderung einräumen. Aber er kann nicht einem andern, nicht bevorrechtigten Gläubiger den Vorrang vor den übrigen Konkursgläubigern verschaffen. Das Vorrecht kann mit einem Worte nicht ohne die Forderung auf einen andern übertragen werden.[4])

2) Die Vorrechte des § 54 wurden in den Motiven teils mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl teils mit Rücksicht auf die besondere Schutzbedürftigkeit gewisser Gläubiger gerechtfertigt. Auch wurden dort ausführlich die Gründe dargelegt, welche dazu führten, weitere als die aufgestellten Vorrechte namentlich ein Vorrecht der Ehefrau für ihr Beibringen, ein Vorrecht für Ersatzansprüche bezüglich des für den Lebensunterhalt des Gemeinschuldners gemachten Aufwandes, für Ansprüche wegen Veruntreuung anvertrauter Gelder, ein Vorrecht für die Beerdigungskosten des Gemeinschuldners u. s. w. nicht anzuerkennen. Auch wenn das Begräbniswesen wie in München der politischen Gemeinde oder wie in Breslau[5]) der Kirchenverwaltung übertragen ist und für die Beerdigung bestimmte Gebühren an die Gemeindekasse bezw. Kirchenkasse bezahlt werden müssen, kann bezüglich dieser Beerdigungskosten ein Vorrecht nicht beansprucht werden. Es handelt sich in diesen Fällen nicht um Bezahlung einer öffentlichen oder kirchlichen Abgabe (§ 54 Z. 2 und 3), sondern um eine privatrechtliche Forderung für eine gewerbliche Leistung. Die geschuldete Gebühr hat dieselbe rechtliche Natur wie die Vergütung, welche für die Leistungen der Post oder einer Staatseisenbahn zu entrichten ist.[6]) Von den Kosten der Beerdigung sind die Gebühren für die bei derselben vorzunehmenden rein geistlichen Amtshandlungen zu unterscheiden. Wegen dieser Gebühren vergl. man Bem. IV. 2. Während im Entwurfe zu einer deutschen Gemeinschuldordnung (§§ 61, 62) nur zwei Vorrechte (für den Liedlohn und die Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen aus einer Veruntreuung ihres Vermögens) beibehalten waren, wurde die Zahl derselben durch den Bundesrat auf sieben erhöht. Die Vorrechte zugunsten

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 328 § 123 a. E. und R.-G. (II.) 13. Jan. 1888, Entsch. Bd. XX. S. 412 ff.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 13. Jan. 1888 a. a. O.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 480; Willenbücher S. 112 Nr. 1b.; v. Wilmowski S. 244; ferner R.-G. (I.) 18. Febr. 1880, Entsch. Bd. I. S. 322.

[4]) Vgl. Willenbücher S. 112 Nr. 1c.

[5]) Wegen der Breslauer Verhältnisse vergl. Friedberg in Grünhuts Zeitschr. Bd. XV. S. 334 ff.

[6]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 632.

der Reichskasse, der Staatskassen u. s. w., sowie der Kirchen und Schulen wegen der dem Gemeinschuldner zur Last fallenden Abgänge aus einer von ihm geführten Kassenverwaltung oder sonstigen Vermögensverwaltung wurden aber von der Justizkommission gestrichen, weil sich die Gläubiger durch Sicherheitsbestellung schützen könnten. (K. S. 52.) Erweitert wurde das Vorrecht der Ziffer 1 durch § 55 des Krankenversicherungsgesetzes zugunsten rückständiger Beiträge.

Aus der Fassung des Abs. 1 („Konkursforderungen") geht hervor, dass die Vorrechte an der Forderung haften, also auch dann geltend gemacht werden können, wenn die Forderung auf eine andere Person übertragen wurde, welche zu keiner der im § aufgezählten Klassen gehört. Die Ansicht, dass diese Frage nach dem Landesrechte zu entscheiden sei, kann nicht als richtig angesehen werden.[1]) Die einfache Übertragung der Forderung muss genügen, um den Erwerber zur Geltendmachung des Vorrechtes zu berechtigen, so dass es einer besondern Übertragung dieses letztern nicht bedarf. Ob die blosse Befriedigung eines bevorrechtigten Gläubigers ohne besondere Übertragung der diesem zustehenden Forderung dem Zahlenden das mit der bezahlten Forderung verbundene Vorrecht verschafft, richtet sich nach den landesrechtlichen Vorschriften, nach denen die Frage zu beurteilen ist, ob die bezahlte Forderung kraft Gesetzes auf den Zahlenden übergeht, ohne dass es in dieser Beziehung eines Übertragungsaktes bedarf.[2]) So verhält sich die Sache nach dem pr. A. L.-R. I. 14 §§ 338, 339 und I. 16 §§ 46, 47.)[3]) Nach rheinischem Rechte findet der Eintritt in die Rechte des Gläubigers infolge der Zahlung unter bestimmten Voraussetzungen gleichfalls kraft Gesetzes statt. (Art. 1251 C. c.) Das Vorrecht, welches mit einer in ein förmliches Kontokurrent eingesetzten Forderung verbunden war, darf nicht auf den Betrag des Saldo übertragen werden, denn die in einer solchen laufenden Rechnung aufgeführten Forderungen haben nicht mehr den Charakter von selbständigen Ansprüchen, sondern kommen nur noch als Rechnungsgrössen in Betracht. Die Saldoforderung ist von den einzelnen in ihr aufgegangenen Forderungen verschieden. Es kann also für sie nicht das Vorrecht beansprucht werden, welches mit einer dieser Forderungen verbunden war.[4])

II. Vorrecht für Dienstlohn u. s. w. (Z. 1.)

1) Während nach § 19 die Forderungen der im § aufgezählten Personen für die Zeit nach der Konkurseröffnung, solange das Dienstverhältnis fortgesetzt wird, einen Masseanspruch bilden (Bem. 4 zu § 19), kommt denselben nach § 54 Z. 1 für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens und, wenn der Gemeinschuldner vor derselben gestorben ist, für den Zeitraum eines Jahres, von dessen Todestag an zurückgerechnet, ein Vorrecht zu. Für die Geltendmachung dieses Vorrechtes ist es gleichgültig, ob das Dienstverhältnis zur Zeit der Konkurseröffnung bezw. des Todes des Gemeinschuldners noch bestanden hat oder nicht. Es kann jedoch derjenige Teil der Forderung, welcher aus einer frühern als der im § festgesetzten Zeit stammt, nicht berücksichtigt werden. Dass im Falle des Todes des Gemeinschuldners das Vorrecht auch für denjenigen Dienstlohn u. s. w. besteht, der in der Zeit zwischen dem Todestag und der Konkurseröffnung erworben wurde, ist unzweifelhaft. Es sollte für den Fall des Todes des Dienstherrn lediglich die Frist erweitert werden,

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 328 § 123 a. E.; Fitting S. 100 § 11 Anm. 19; Mandry S. 308, 309 § 28 Anm. 52; Meisner S. 224 Anm. 15; Meves S. 81; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 77; v. Sarwey S. 483 Nr. 2a.; Stieglitz S. 366; v. Völderndorff Bd. I. S. 620; v. Wilmowski S. 244. A. M. Hullmann S. 203; Willenbücher S. 112 Nr. 1d.; R.-G. (I.) 24. Nov. 1880, Entsch. Bd. III. S. 34 ff. bes. S. 39.

[2]) Vgl. Meisner S. 225 Anm. 16; Meves S. 81; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 67, 77; v. Völderndorff Bd. I. S. 621; v. Wilmowski S. 244.

[3]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 200 § 82 Nr. 3; Eccius Bd. I. S. 634 § 99 Nr. 1b. und Bd. II. S. 390 § 144 Anm. 100 und 101; pr. Obertrib. in Striethorst, Arch. Bd. 40 S. 184; R.-G. (I.) 24. Nov. 1880, Entsch. Bd. III. S. 43 ff.

[4]) R.-G. (II.) 16. Nov. 1880, Entsch. Bd. III. S. 17 ff.

„damit das Vorrecht nicht durch eine längere Regulierung des Nachlasses verloren gehe“, (M. S. 268) und besteht kein Grund, warum das Vorrecht für die Zeit nach dem Tode des Gemeinschuldners beseitigt sein soll.[1]) Den Zeitraum eines Jahres nach dem Vorgange der preussischen Konkursordnung (§ 77) für den Fall weiter auszudehnen, dass von dem Berechtigten bereits der Weg der Klage beschritten worden war, wurde für überflüssig gehalten. (M. S. 268.) Forderungen der erwähnten Art, welche sich auf die Zeit nach der Konkurseröffnung erstrecken, sind entweder als Masseforderungen zu behandeln (§§ 19 und 52) oder können, sofern das Verhältnis vom Gemeinschuldner selbst fortgesetzt wird, im Konkursverfahren überhaupt nicht geltend gemacht werden.

2) Bezüglich der Frage, welchen Personen ein Vorzugsrecht zukommt, bezw. welcher Art das Dienstverhältnis gewesen sein muss, damit § 54 Anwendung findet, ist auf die Bem. 1—3 zu § 19 zu verweisen, welche auch hier zutreffen. Hienach ist das Vorzugsrecht der Z. 1 auch dann begründet, wenn die in Frage stehenden Dienstleistungen an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind und dem Konkursverwalter gar nicht geleistet werden können. Der Wortlaut ist in beiden §§ derselbe. Ausserdem muss, wenn der Verwalter verpflichtet ist, das Dienstverhältnis bis zum Ablaufe der Kündigungsfrist fortzusetzen (Bem. 2 zu § 19), um so mehr angenommen werden, dass wegen der früher geleisteten Dienste ein Vorrecht begründet ist. Es wäre auch nicht erfindlich, warum solche Personen wie Erzieher, Hauslehrer u. s. w. hier ausgeschlossen sein sollen, während es sich wohl erklärt, dass man bei Aufstellung des Entwurfes den Verwalter nicht zur Fortsetzung derartiger Dienstverträge nötigen wollte.[2])

Das Vorrecht ist durch den Abschluss eines Dienstvertrages bedingt, bei welchem der Gläubiger sich d. h. seine Erwerbsfähigkeit dem Gemeinschuldner zu dauerndem Dienste — jedoch nicht in dem beschränkten Sinne des § 4 des Gesetzes vom 21. Juni 1869, betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes — auf einen längern Zeitraum oder auf Kündigung verdungen hatte. (M. S. 266.) In der Regel wird ein solches Dienstverhältnis die persönliche Botmässigkeit des Bediensteten gegenüber dem Gemeinschuldner herbeiführen. Ein solches Verhältnis ist aber nicht Bedingung des Vorrechtes. Auch Gesellen, Meister, Fabrikarbeiter,[3]) Handlungsgehilfen, Wirtschaftsbeamte, Förster, Schreiber, Sekretäre u. s. w., können ständige Bedienstete sein, wie sie § 54 Z. 1 voraussetzt. Ein Unterschied zwischen operae liberales und illiberales war nicht beabsichtigt.[4]) Ohne Bedeutung ist es auch, ob der Bedienstete Wohnung und Kost im Hause des Dienstherrn zu beanspruchen hatte und in welcher Weise die Vergütung für die Dienstleistungen gewährt wurde. Nicht bloss wenn der Bedienstete einen in gewissen Zeitpunkten zu zahlenden Lohn erhielt, gleichviel ob derselbe nach Arbeitsstunden oder nach Stückarbeit berechnet wurde, sondern auch wenn die Vergütung in Form einer Pauschsumme oder eines Gewinnanteils gewährt worden ist, hat § 54 Z. 1 Anwendung zu finden. (M. a. a. O.) Selbst dem Meister, welcher infolge eines Dienstmietvertrags den Lohn seiner Gehilfen im ganzen vom Unternehmer zu fordern hat, steht das hier gewährte Vorrecht zu.[5]) Dagegen können solche Arbeiter, welche dem Gemeinschuldner nur einzelne Leistungen gewährten (Tagelöhner, Lohndiener, Näherinnen u. s. w.), auch dann nicht das in Frage stehende Vorrecht geltend machen, wenn derartige Dienste häufig oder sogar mit einer gewissen

[1]) Vgl. Fitting S. 96 § 11 Anm. 5; v. Sarwey S. 484 Nr. 4; Stieglitz S. 369 Nr. I. 2; v. Völderndorff Bd. I. S. 626; v. Wilmowski S. 244, 245 Nr. 2.

[2]) Vgl. noch Fitting S. 96 § 11 Anm. 6; Hullmann S. 204 ff.; Meisner S. 226; Stieglitz S. 368; v. Völderndorff Bd. I. S. 622 Anm. 13; v. Wilmowski S. 104 und 425; ferner dagegen: v. Sarwey S. 485 ff. und Wengler S. 379.

[3]) Vgl. R.-G. (I. H.-S.) 18. Nov. 1879, Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 526.

[4]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 275 und 623 Anm. 20.

[5]) R.-G. (III.) 10. Mai 1881, Entsch. Bd. IV. S. 423 ff.

Regelmässigkeit geleistet wurden und wenn sie zur Zeit der Leistung Kost und Wohnung erhielten.

3) Das Vorrecht der Z. 1 ist nicht auf den eigentlichen in barem Gelde zu zahlenden Dienstlohn beschränkt, sondern ergreift, wie es schon früher allgemein Rechtens war, alle Bestandteile der vertragsmässigen Vergütung, insbesondere die in Naturalleistungen, Kostgeld, Taggeldern, Dienstkleidung, Stamm- und Schussgeldern, vertragsmässig bedungenen Weihnachts- oder Messgeschenken, bestehenden Nebenbezüge. Auch auf Gewinnanteile, z. B. solche, welche Handlungsreisenden in Ansehung der von ihnen bewirkten Verkäufe zustehen, erstreckt sich das Vorrecht.[1]) Dagegen sind nicht mit demselben ausgestattet diejenigen Forderungen aus dem Dienstverhältnisse, welche nicht die Eigenschaft von Dienstbezügen d. h. eines Entgelts für gewährte Dienste haben, sondern nur mittelbar mit dem Dienstverhältnisse zusammenhängen. Hierher gehören z. B. Ersatzansprüche für im Dienst gemachte Auslagen (selbst wenn der Ersatz hiefür in einer Pauschsumme besteht) und Schadenersatzforderungen wegen im Dienst erlittener Verletzungen oder wegen vorzeitiger Kündigung. Bezüglich der Forderungen der letztern Art wurde die Gewährung eines Vorrechtes auch aus dem Grunde für überflüssig gehalten, weil die Kündigungsfrist (§ 19) den Bediensteten gegen Willkür schütze. (M. S. 266, 267.)

III. Vorrecht wegen öffentlicher Abgaben. (Z. 2.)

1) Die Ziffer 2 bezieht sich auf öffentliche Abgaben jeder Art, seien sie direkte oder indirekte, gestundet oder nicht gestundet, regelmässig wiederkehrend oder nicht, dagegen nicht auf andere Forderungen der Staatskassen u. s. w., insbesondere nicht auf Ansprüche wegen Gerichtskosten oder Gebühren. Bezüglich der gewöhnlichen Forderungen der Staatskasse wurde in den Motiven (S. 255, 256) hervorgehoben, dieselbe befinde sich gegenüber den Personen, mit welchen sie Lieferungsverträge oder Verträge anderer Art abschliesse, nicht in ungünstigerer Lage wie Privatpersonen. In Ansehung der Gerichtskosten und der Gebühren anderer Behörden, welche an sich auch zu den öffentlichen Abgaben im weitern Sinne des Wortes gerechnet werden können, wurde dort hervorgehoben, kein Vorrecht des Fiskus sei so drückend wie dasjenige wegen der Kosten, durch das oft der grösste Teil unzureichender Massen weggenommen werde; auch geniesse der Staat ohnehin eine bevorzugte Stellung durch die Möglichkeit sofortiger Zwangsvollstreckung und das vielfach bestehende Recht auf vorschussweise Einziehung. Diese Ausführungen, gegen welche im Laufe der Gesetzgebungsverhandlungen keinerlei Widerspruch erhoben wurde, lassen erkennen, dass der Ausdruck „öffentliche Abgaben" in der Konkursordnung in einem engern Sinne gebraucht wird, nach welchem bloss solche Leistungen hierher gerechnet werden, welche ohne Rücksicht auf bestimmte Gegenleistungen seitens des Staates lediglich zu dem Zwecke der Erfüllung einer allgemeinen Unterthanenpflicht von den Unterthanen verlangt werden. Es sind hiernach Gebühren für die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen wie bei den Gerichtskosten oder dem Postporto eine Pauschalvergütung für bestimmte Leistungen der Behörden in Frage stehen, ebensowenig als bevorrechtigt anzusehen wie die erwähnten Gerichtskosten selbst. Insbesondere gehören auch die besondern Gebühren für die Verlassenschaftsbehandlung nicht hierher, während die Erbschaftssteuer natürlich unter den Begriff der öffentlichen Abgabe fällt. Dafür, dass dieser Ausdruck hier in seiner engern Bedeutung gebraucht wurde, spricht auch der Umstand, dass den Vorschriften der Konkursordnung offensichtlich das Bestreben zu Grund liegt, die Vorrechte thunlichst zu beschränken. Gegen die Auffassung, dass derjenige Begriff der öffentlichen Abgaben massgebend sei, von dem die Gesetzgebung des Landes ausgehe, in welchem das Konkursverfahren eröffnet worden ist, steht schon der Umstand entgegen, dass durch die Konkursordnung im wesentlichen einheitliches Recht für ganz Deutschland geschaffen werden sollte und deshalb ohne

[1]) O.-L.-G. Köln 21. März 1883, rhein. Arch. Bd. 74 Abt. I. S. 3.

zwingende Gründe nicht angenommen werden kann, es solle dieselbe Gebühr in dem einen Land ein Vorrecht geniessen, in dem andern nicht. Ausserdem sprechen aber die in den Motiven enthaltenen Ausführungen entschieden gegen jene Auffassung und dafür, dass dem Gesetze ein bestimmter Begriff der öffentlichen Abgaben zu Grund liegt.[1])

2) Nach § 2 können nur solche Forderungen wegen öffentlicher Abgaben in Betracht kommen, welche zur Zeit der Konkurseröffnung bereits entstanden sind. Mit Rücksicht darauf, dass manche Abgaben, obgleich die Verpflichtung zu deren Entrichtung bereits besteht, noch nicht beigetrieben werden können, wurde ausdrücklich bestimmt, dass deren Fälligkeit nicht vorausgesetzt wird. „Beispielsweise wird nach § 5 des Zollvereinsgesetzes vom 26. Mai 1868 (B. G.-Bl. S. 319) die von dem Inhaber eines mit Tabak bepflanzten Grundstücks zu entrichtende Steuer existent mit der im August jeden Jahres erfolgenden Feststellung des Steuerbetrags, fällig aber erst nach der Ernte, zur einen Hälfte im Dezember desselben, zur andern Hälfte im April des folgenden Jahres. Ähnlich verhält es sich mit der Maischsteuer, der Rübenzuckersteuer u. s. w. Wenn also ein Brennereibesitzer, Rübenzuckerfabrikant, Tabakspflanzer u. s. w. in Konkurs gerät, so werden regelmässig indirekte Steuern zu fordern sein, deren Beitreibung vor der Konkurseröffnung noch nicht möglich war. Die Bevorzugung solcher Rückstände ist sowohl für die Staatsverwaltung als für den öffentlichen Verkehr notwendig.“ (M. S. 254, 255.) Wird das Vorrecht wegen einer noch nicht fälligen Forderung geltend gemacht, so sind nach § 58 Abs. 2 Zwischenzinsen in Abzug zu bringen.[2]) Der Schlussatz der Z. 2 stammt aus der preussischen Konkursordnung (§ 73) und soll die Annahme ausschliessen, dass das Vorrecht verloren gehe, wenn der Steuererheber die Steuer aus seinen Mitteln der Staatskasse vorgeschossen hat (K. S. 50). In den Motiven zur preussischen Konkursordnung war bemerkt: „Muss der Steuererheber die Restanten vorschussweise zur Kasse entrichten, so ist dies nur eine vorläufige Deckung der Kasse, durch welche in der Person des Berechtigten dem Steuerpflichtigen gegenüber nichts geändert wird.“

Die Sterbfallgebühren (Erbschaftssteuern) bilden nur eine Schuld der Erben, nicht eine solche des Erblassers (vgl. Bem. III. 1 zu § 2 S. 18); die Staatskasse kann deshalb nur in dem Konkurse eines Erben die Sterbfallgebühr anmelden und ein Vorrecht dafür geltend machen, nicht im Konkurse über das Vermögen des Erblassers bezw. über dessen Nachlass.[3]) Wenn der Konkursverwalter bezüglich eines Grundstücks, in Ansehung dessen ein Absonderungsrecht mit Erfolg geltend gemacht wurde, die Grundsteuer oder eine andere öffentliche Abgabe bezahlen musste, so darf er von den Absonderungsberechtigten, welche um den Betrag der Abgabe bereichert worden sind, die von ihm bezahlte Summe zurückverlangen[4]) und nötigenfalls seine Forderung in dem Verteilungsverfahren anmelden. Ob er hier das Vorrecht

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 327 § 123 Nr. 2; Fitting S. 98 § 11 Anm. 8 a. E. Meisner S. 113 Nr. 3b.; v. Völderndorff Bd. I. S. 628, 629 und in Buschs Zeitschr. Bd. III. S. 349 ff.; v. Wilmowski S. 246 Nr. 4; Ldg. Colmar 3. Febr. 1882, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VII. S. 181. Für diese Auffassung hat sich auch das R.-G. (II.) in einem Urteile vom 15. Mai 1888 (jur. Wochenschr. 1888 S. 242, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 239) ausgesprochen. Die entgegengesetzte Auffassung, nach welcher das Landesrecht massgebend sein soll, soweit es sich nicht um die eigentlichen Gerichtskosten handelt, wird vertreten von Stieglitz S. 371 Nr. II. 2. Ihr hat sich angeschlossen das O.-L.-G. München in einem Urteile vom 29. Okt. 1881 und das bayer. oberste Landesg. in zwei Urteilen vom 8. Nov. 1881 und 11. Mai 1882, Sammlung Bd. IX. S. 432 ff. bes. S. 434—437 und S. 606 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 255; Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 112 ff. und S. 125 ff. Vgl. auch noch in diesem Sinne bad. Annalen Bd. 50 S. 309 und Bd. 52 S. 84.

[2]) Vgl. Fitting S. 97 § 11 Anm. 7; Hullmann S. 206; v. Völderndorff Bd. I. S. 630 Anm. 44; Willenbücher S. 113 Nr. 3c.; v. Wilmowski S. 246 Nr. 5. A. M. Meves S. 82.

[3]) Vgl. Ldg. Colmar 3. Febr. 1882; O.-L.-G. daselbst 19. Okt. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VII. S. 181, Bd. IX. S. 61.

[4]) Vgl. Hullmann S. 173; v. Sarwey S. 490; Stieglitz S. 255; Willenbücher S. 113 Nr. 3b. A. M. sind: Fitting S. 97 § 11 Anm. 8 und v. Völderndorff Bd. I. S. 628 Anm. 35.

geltend machen kann, das der Staatskasse selbst zu statten käme, wenn sie ihre Forderung hier geltend gemacht hätte, richtet sich nach dem geltenden Landesrechte.

3) Den Forderungen der Reichskasse und der Staatskassen sind die Forderungen „der Gemeinden, Kreise und ähnlichen politischen Verbände gleichgestellt und zwar sowohl in der Bewilligung des Vorrechts für die öffentlichen Abgaben, als in der Beseitigung jedes andern Vorrechts“. (M. S. 256.) Auch Bezirks- und Distriktsverbände gehören hierher.

IV. Forderungen der Kirchen und Schulen sowie der öffentlichen Verbände und Feuerversicherungsanstalten. (Z. 3.)

1) Gleich den Staatskassen sowie den Gemeinden und politischen Verbänden kommt nach Z. 3 den Kirchen, Schulen und andern öffentlichen Verbänden wegen der an sie zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung ein Vorrecht zu. Soweit es sich um die Kirchen handelt, ist das Vorrecht nicht auf die christlichen Kirchen beschränkt, sondern es kann auch eine jüdische Religionsgemeinschaft Anspruch auf das Vorrecht haben, wenn sie nach dem öffentlichen Rechte des betreffenden Staates als „Kirche“ angesehen werden muss. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn dem Verbande, um welchen es sich handelt, die Eigenschaft einer öffentlichen Körperschaft zukommt. Religiöse Privatgesellschaften sind nicht als „Kirchen“ im Sinne des § anzusehen.[1]) Auch solche Privatkirchengesellschaften, zu denen die israelitischen Gemeinden jedenfalls gehören, soweit sie nicht zu den „Kirchen“ zu rechnen sind, können übrigens das Vorrecht des § 54 Z. 3 als „öffentliche Verbände“ beanspruchen, sofern sie die Stellung von öffentlichen Korporationen haben.[2]) Unter den Begriff der Kirche gehören ausser der Landeskirche auch die einzelnen Kirchengemeinden. Das Vorrecht kommt nur öffentlichen Schulen oder Schulverbänden, nicht Privatschulen, zu. Dies ergiebt sich aus der Zusammenstellung mit den Kirchen und öffentlichen Verbänden, wie aus dem Grunde des Gesetzes, als welcher in den Motiven (S. 256) „das öffentliche Interesse“ bezeichnet wurde. Auch giebt es bei Privatschulen keine Abgaben, welche „nach Gesetz oder Verfassung“ zu entrichten sind (vgl. auch Bem. 2). Zu den „öffentlichen Verbänden“ gehören nur solche Verbindungen und Genossenschaften, welche kraft öffentlichen Rechtes bestehen, und solche Zwecke verfolgen, die auch der Staat in den Kreis seiner Thätigkeit gezogen hat, für welche deshalb auch Abgaben und Leistungen auf Grund des öffentlichen Rechtes zwangsweise erhoben werden dürfen. Es gehören hierher beispielsweise: Verbände, denen die Gewährung öffentlicher Armenunterstützung obliegt, die Innungen sowie die Verbände, welche auf Grund der Reichsgesetzgebung für Zwecke der Unfall- und Krankenversicherung gebildet worden sind, Deich-, Wege- und Meliorationsverbände, Uferschutzgenossenschaften, vom Staate eingerichtete Handels- und Gewerbekammern, Anwaltskammern, Ärztekammern. Nicht hierher gehören privatrechtliche Vereine und Genossenschaften, auch wenn sie die Eigenschaft einer juristischen Person erlangt haben, wie z. B. Privatwohlthätigkeitsvereine, Verschönerungsvereine, Kunstvereine, Kreditgenossenschaften, freiwillige Feuerwehren, der Anwaltsverein, Ärztetag, Juristentag u. s. w. Die „Amts-, Kreis- und Provinzialverbände“ sind unzweifelhaft auch „öffentliche Verbände“, gehören aber nicht hierher, weil sie, als „politische Verbände“, den Staatskassen gleichgestellt sind. Den als öffentliche Verbände anzusehenden Knappschaftsvereinen kommt das in Frage stehende Vorrecht im Konkurse der Gewerkschaft

[1]) Vgl. Fitting S. 98 § 11 Anm. 9; v. Sarwey S. 491, 492; v. Wilmowski S. 247. Bez. des preuss. Rechtes vergl. Urt. des frühern Obertrib. vom 4. Juli 1871 (Entsch. Bd. 65 S. 448), dagegen aber Hullmann S. 206 und Wengler S. 383.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 492; Stieglitz S. 372 Anm. g.; v. Völderndorff Bd. I. S. 630 Anm. 47; Willenbücher S. 113 Nr. 4a.; v. Wilmowski S. 247 Nr. 7 und 8. Für Bayern ist das Religionsedikt (II. Beil. zur Verfassungsurkunde) § 28 massgebend.

zu und zwar sowohl wegen der Beiträge, welche die Gewerkschaft als Werkbesitzerin selbst zu leisten hat, als auch bezüglich der Beiträge der Arbeiter, für welche die Gewerkschaft in der angegebenen Eigenschaft haftet. [1])

Den öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften sollte nach dem Entwurfe in allgemeiner Weise ein Vorrecht zukommen. Von der Reichstagskommission wurde jedoch dieses Vorrecht anfangs ganz beseitigt und dann an die Bedingung geknüpft, dass dieselben zur Annahme der in Frage stehenden Versicherung verpflichtet waren. (K. S. 49—52, 150 bis 152.) Ob diese Verpflichtung auf dem Gesetze oder auf den Statuten beruht, ist gleichgültig. Ebenso kommt nichts darauf an, ob der Verpflichtung der Gesellschaft auch ein Versicherungszwang bezüglich der Versicherten entspricht. Das Vorrecht kommt allen Feuerversicherungsgesellschaften der fraglichen Art zu, gleichviel ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt, nicht aber andern, z. B. Hagelversicherungsgesellschaften. Die Vereinigung der bei der bayerischen öffentlichen Hagelversicherungsanstalt auf Gegenseitigkeit versicherten Personen wird jedoch nach dem bayerischen Gesetze vom 13. Februar 1884 (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2) als ein öffentlicher Verband anzusehen sein.

2) Hinsichtlich der Beschaffenheit der Abgaben und Leistungen, für welche das Vorrecht beansprucht werden kann, wurde in den Motiven (S. 256) bemerkt: „Es ist gerechtfertigt, das Vorrecht auf die öffentlichen Abgaben zu beschränken, auf solche Abgaben, welche nach Gesetz oder Verfassung an Kirchen und Schulen entrichtet werden müssen, und es nicht auf andere Forderungen von Pfarreien, Geistlichen, Schulbedienten oder auf Forderungen von Privatschulen auszudehnen. Derselbe Gesichtspunkt wie bei den öffentlichen Schulen waltet inbetreff der öffentlichen Feuerversicherungsgesellschaften und Verbände ob.“ Unter der „Verfassung“ sind die Satzungen des Verbandes u. s. w. zu verstehen. Es macht aber keinen Unterschied, ob die Verpflichtung zur Entrichtung der Abgaben oder zu den sonstigen Leistungen unmittelbar auf der Satzung oder auf den Beschlüssen der hienach zuständigen Organe beruht. Ob die Leistungspflicht alle Mitglieder des Verbandes in gleicher Weise trifft, ist einerlei, ebenso ob die Leistung unmittelbar dem Verbande gegenüber oder statt dessen an einen Beamten zu entrichten ist, dem die Abgaben als Besoldungsteil zugewiesen sind. Immer wird aber vorausgesetzt, dass die Kirche oder Schule bezw. der Verband als der eigentliche Bezugsberechtigte anzusehen ist. Deshalb sind die Stolgebühren der Geistlichen u. s. w. nicht durch das Vorrecht geschützt. [2])

V. Vorrecht der Ärzte, Wundärzte, Apotheker u. s. w. (Z. 4.)

1) Das in Z. 4 eingeräumte Vorrecht wurde in den Motiven (S. 257) dadurch begründet, dass Sitte und Menschlichkeit den zu Hilfe von Kranken gerufenen Personen verböten, ihre Hilfe davon abhängig zu machen, ob der Kranke dieselbe sofort zu vergüten oder sicherzustellen vermöge, und zudem jedermann wisse, dass in einer Haushaltung hin und wieder Krankheiten einträten und Aufwendungen veranlassten, das Vorrecht sonach auch erkennbar sei. Augenärzte, Geburtshelfer und Zahnärzte sind jedenfalls als Ärzte anzusehen. Auch die Tierärzte, welche in der Gewerbeordnung (§ 29) zu den Ärzten gerechnet werden, gehören aber hierher, da sie ebenfalls Forderungen für Kur- und Pflegekosten haben können und der Grund des Gesetzes auch bei ihnen zutrifft. Unsittlich und unmenschlich handelt auch derjenige, welcher ein Tier leiden lässt, obgleich er helfen könnte. Übrigens kommen bei kranken Tieren wie bei kranken Menschen neben den sittlichen

[1]) Vgl. R.-G. (V.) 31. März 1886, Bolze Bd. II. Nr. 1992.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 495; Stieglitz S. 375; Willenbücher S. 114 Nr. 4 b.; v. Wilmowski S. 247 Nr. 7. A. M. sind: Fitting S. 98 § 11 Anm. 11; Hullmann S. 207; v. Völderndorff Bd. I. S. 633; Wengler S. 384.

auch volkswirtschaftliche Erwägungen in Betracht. Dass dieselben in den Motiven nicht hervorgehoben wurden, ist nicht entscheidend. Es sprechen hienach ausser § 29 Gew.-O. Wortlaut und Grund des Gesetzes dafür, dass die Bezeichnung „Ärzte“ im weitern Sinne verstanden wird. [1]) In allen Fällen wird übrigens vorausgesetzt, dass der in Frage stehende Arzt zur Ausübung der ärztlichen Praxis berechtigt ist. Kurpfuschern kommt das Vorrecht nicht zu. Von den Apothekern gilt dasselbe wie von den Ärzten. Was die Krankenpfleger anbelangt, so wird das Vorrecht nur solchen Personen zustehen, die aus der Krankenpflege ein Gewerbe machen oder sich wenigstens gewohnheitsmässig mit derselben beschäftigen. [2]) Auch für die Forderungen von Krankenhäusern und andern Anstalten (Diakonissenhäusern u. s. w.) welche regelmässig Kranke zum Zwecke der Pflege aufnehmen, kann hienach das Vorrecht beansprucht werden.

2) Was die Beschaffenheit der Forderungen anbelangt, so gilt das Vorrecht nur für Kur- und Pflegekosten, welche in dem letzten Jahre, von der Konkurseröffnung rückwärts gerechnet, erwachsen sind. Zu diesen gehören unzweifelhaft auch die Kosten für die Verpflegung des Kranken, welche einem Arzte, der Kranke in sein Haus aufnimmt (z. B. dem Inhaber einer „Augenklinik“), entstanden sind, nicht aber die Forderungen des Zahnarztes für künstliche Zähne, des Augenarztes für ein eingesetztes Auge u. s. w. [3]) Ist der Gemeinschuldner verpflichtet, einem Dritten die von diesem geschuldeten Kur- oder Pflegekosten zu ersetzen, so steht dem Dritten, selbst wenn er zufällig zu den in Z. 4 aufgezählten Personen zählt, wegen seiner auf der Erstattungspflicht beruhenden Forderung selbstverständlich ein Vorrecht nicht zu. Er hat nicht als Arzt, Wundarzt u. s. w. Kur- und Pflegekosten zu fordern, vielmehr entspringt seine Forderung aus einem ganz andern Rechtsverhältnisse.

Das Erfordernis des gemeinen und französischen Rechtes, nach welchen nur die Kosten der letzten Krankheit, an welcher der Gemeinschuldner gestorben ist, in Betracht kommen, hat schon die preussische Konkursordnung (§ 76) beseitigt, und das Vorrecht auf alle den Ärzten u. s. w. „gegen den Gemeinschuldner zustehenden Forderungen wegen ihrer Gebührnisse“ ausgedehnt. Auf denselben Standpunkt hat sich die Konkursordnung gestellt. Dass es der Gemeinschuldner selbst war, der sich in Kur oder Pflege befand, ist nicht notwendig. Das Vorrecht ist vielmehr auch dann begründet, wenn die Kosten durch die Erkrankung eines Familienangehörigen, Dienstboten u. s. w. entstanden sind. Hiebei wird natürlich vorausgesetzt, dass wegen dieser Kosten eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht. Die Forderung braucht aber nicht in der gesetzlichen Verpflichtung des Gemeinschuldners, für den Unterhalt der erkrankten Person zu sorgen, ihren Grund zu haben. Vielmehr muss das Vorrecht auch dann Platz greifen, wenn der Gemeinschuldner, ohne dass er gesetzlich hiezu verpflichtet ist, einen Arzt mit der Behandlung beauftragt, bezw. Arzneien bezogen oder einen Krankenpfleger bestellt hat. [4]) Sofern für die in Frage kommenden Gebühren eine besondere Taxe besteht, kann das Vorrecht insoweit nicht in Anspruch genommen werden, als die Forderung diese Taxe übersteigt. Besteht eine solche nicht, so ist die Geltendmachung des Vorrechtes nicht etwa ausgeschlossen. Es ist vielmehr, wenn die Höhe der Forderung bestritten wird, eine gerichtliche Festsetzung erforderlich, welche in der Regel auf Grund eines Sachverständigengutachtens erfolgen wird. [5])

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 634. A. M. bez. der Tier- und Zahnärzte: Meisner S. 228 Anm. 25, hinsichtlich der Tierärzte: Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 327 § 123 Anm. 8; Fitting S. 98 § 11 Anm. 12; Meves S. 83; Willenbücher S. 114 Nr. 5 a.

[2]) Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 636.

[4]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 327 § 123; Meisner S. 228 Anm. 25; Meves S. 83; v. Sarwey S. 496; v. Völderndorff Bd. I. S. 635; Willenbücher S. 114 Nr. 5 b.; v. Wilmowski S. 284 Nr. 11. A. M. sind: Fuchs S. 75 Anm. 16; Hullmann S. 207; Stieglitz S. 376 Nr. IV. 3; Wengler S. 385.

[5]) Vgl. v. Sarwey S. 496; Willenbücher S. 115 Nr. 5 c.; v. Wilmowski S. 248 Nr. 11. A. M.

VI. Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen. (Z. 5.)

1) Das in der fünften Klasse zugelassene Vorrecht der Kinder und Mündel wurde in den Motiven (S. 263 ff.) damit begründet, dass deren Vermögen ohne jedes Zuthun derselben in die Hände der Eltern oder des Vormundes gelange, das Gesetz aber eine gute Verwaltung nicht ausreichend zu sichern imstande sei und daher durch ein gesetzliches Vorrecht besondern Schutz gewähren müsse. Zu den „Pflegebefohlenen" gehören sowohl die unter Vormundschaft als die unter Pflegschaft stehenden Personen, insofern dem Pfleger die Verwaltung des Vermögens übertragen ist. Auch kommt nichts darauf an, ob die Pflegschaft in der Minderjährigkeit oder in Geistesschwäche oder in Verschwendung oder in der Abwesenheit des Pflegebefohlenen ihren Grund hat. Unter „Kindern" sind nur die Abkömmlinge ersten Grades, nicht auch Enkel, Urenkel u. s. w., zu verstehen. Den Kindern, zu welchen auch die an Kindesstatt angenommenen Personen gehören, steht das Vorrecht der Z. 5 auch dann zu, wenn sie einer Ehe zur linken Hand entsprungen oder unehelich erzeugt sind. Stiefkinder sind dagegen nicht als Kinder im Sinne des Gesetzes zu betrachten, können sonach nur dann ein Vorrecht beanspruchen, wenn sie als Pflegebefohlene anzusehen sind. [1]) In allen Fällen wird vorausgesetzt, dass das Vermögen der Kinder nach dem Gesetze der Verwaltung des Vaters bezw. der Mutter unterworfen war, denn die Konkursordnung erkennt das Vorrecht ausschliesslich inbetreff solchen Vermögens an, dessen Verwaltung der Gemeinschuldner kraft Gesetzes in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Verfügungsunfähigen oder als gesetzlicher Nutzungsberechtigter zu führen hatte. [2]) Dasselbe greift hienach Platz gegen alle staatlich bestellten Vormünder und Pfleger, gleichviel ob dieselben ernannt oder erwählt oder letztwillig berufen und ob sie der Aufsicht eines Organs unterworfen oder von ihr befreit sind. Ob das Vormundschaftsgericht dem Vormunde oder Pfleger die Vermögensverwaltung besonders übertragen hat, ist gleichgültig. [3]) Ferner steht das Vorrecht zu in Ansehung der Eltern, insoweit sie den Niessbrauch oder an Stelle eines Vormundes die Verwaltung des Vermögens der Kinder von Rechts wegen haben. Hat sich der Gemeinschuldner, z. B. als Vater, die Verwaltung des fraglichen Vermögens lediglich angemasst, oder ist demselben diese Verwaltung aus freien Stücken oder infolge eines Versehens des Vormundschaftsgerichts anvertraut worden, so ist das in Frage stehende Vorrecht nicht begründet. Es ist zwar hart, dass der letzte Fall nicht dem Falle gleichgestellt wurde, in welchen die Verwaltung auf dem Gesetze beruht. Aber die Anordnung des Gerichts kann die gesetzliche Voraussetzung nicht ersetzen. [4]) Doch wird das Vorrecht selbstverständlich dadurch nicht berührt, dass die einer Person, z. B. dem Ehemanne, kraft Gesetzes zustehende Verwaltung derselben durch letztwillige Verfügung nochmals übertragen worden ist. [5])

In welcher Weise das dem Kinde gehörige Vermögen in die Verwaltung des Vaters gelangte und welche Verwaltungshandlungen dieser vornahm, ist, wenn das Vermögen nach dem Gesetze

v. Völderndorff Bd. I. S. 634 und 636 a. E., welcher der Ansicht ist, »dass nur diejenigen Gebühren in die vierte Klasse fallen, für welche eine Taxe besteht.«

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 502; Stieglitz S. 377; Willenbücher S. 115 Nr. 6 a.; v. Wilmowski S. 248, 249. A. M. ist v. Völderndorff, welcher (Bd. I. S. 637) auch die Abkömmlinge fernerer Grade und die Stiefkinder hierher rechnet.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 29. Sept. und 11. Okt. 1884, Bolze Bd. II. Nr. 1991; bayer. oberstes Landesg. 9. Nov. 1883, Sammlung Bd. X. S. 222 ff.; Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 126 ff.; Bl. für Rechtsanw. Bd. 49 S. 121 ff.

[3]) O.-L.-G. Naumburg 29. Juni 1883, Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 857.

[4]) Vgl. Stieglitz S. 382 Anm. x.; Willenbücher S. 115 Nr. 6 b.; v. Wilmowski S. 249 a. E. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 638 Anm. 85.

[5]) R.-G. (I.) 29. Sept. und 11. Okt. 1884, Bolze Bd. II. Nr. 1991.

der Verwaltung des Vaters unterworfen ist, einerlei.[1]) Es steht hienach den Kindern, wenn der Vater nach dem Tode der Mutter deren Vermögen noch in der Hand behielt, ein Vorrecht zu, obgleich die Ehefrau selbst ein solches nicht hätte beanspruchen können (K. S. 52, 53). Auch wegen Ersatzforderungen der Ehefrau des Gemeinschuldners an denselben, welche kraft Erbrechtes auf dessen Kinder oder Pflegebefohlene übergegangen sind, steht denselben ein Vorrecht zu.[2]) Das gleiche gilt für die Erbteilungsforderungen der Kinder, welche bei Auseinandersetzung mit ihrer als Vormünderin und Verwalterin des väterlichen Vermögens bestellt gewesenen Mutter ermittelt worden sind, sofern nicht die Forderung gestundet worden ist.[3]) Dagegen kann das Vorrecht nicht angerufen werden wegen des der Ehefrau, welche sich mit dem Gemeinschuldner samtverbindlich verpflichtet hatte, zustehenden und nach deren Tode auf die Kinder übergegangenen Rückgriffsrechtes (Art. 1431 und 2032 Code civil), denn dieses Rückgriffsrecht ist erst im Augenblicke der Konkurseröffnung entstanden, kann also nicht vor derselben der Verwaltung des Gemeinschuldners unterworfen gewesen sein.[4]) Das Vorrecht gilt nur in dem Konkursverfahren über das Vermögen desjenigen, welchem die Verwaltung zustand. Wenn derselbe mit seiner Ehefrau in Gütergemeinschaft lebte, so können die Kinder das Vorrecht sonach nicht auch im Konkursverfahren über das zur Gütergemeinschaft gehörige Vermögen der Ehefrau geltend machen. Nur sofern der Vater selbst in Konkurs geraten ist, erlangt das Vorrecht der Kinder Bedeutung.[5])

Durch die Landesgesetzgebung kann das Vorrecht der Kinder und Pflegebefohlenen eine Erweiterung erfahren (§ 13 E.-G.).

2) Das in Z. 5 gewährte Vorrecht ist zeitlich beschränkt. Dasselbe geht verloren, wenn die Forderung nicht innerhalb des Zeitraums von zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Konkurseröffnung ununterbrochen verfolgt worden ist. War die Konkurseröffnung vor Ablauf der zwei Jahre erfolgt, so genügt es, dass die Forderung vor Ablauf der Frist angemeldet wurde. Der Grund der zeitlichen Beschränkung ist darin zu finden, dass die Kinder bezw. Pflegebefohlenen, wenn sie es unterlassen, die Herausgabe des Vermögens zu verlangen, dem Vater bezw. Vormund freiwillig Stundung gewähren und, wenn sie dies thun, nicht anders zu behandeln sind wie die übrigen Gläubiger. (M. S. 265). Dass das Vorrecht „ununterbrochen" verfolgt sein muss, ist im Gesetze nicht wie in der preussischen Konkursordnung (§ 81) ausdrücklich gesagt, ergiebt sich aber aus dessen Inhalt. Der Verlust des Vorrechtes wird jedoch nicht wegen jeder Unterbrechung oder Aussetzung des Verfahrens und wegen jeder Verzögerung im Prozessbetrieb eintreten, sondern nur dann, wenn ohne genügende Veranlassung der Betrieb des Prozesses unterlassen wurde. Selbst eine förmliche Vereinbarung, dass das Verfahren ruhen solle (§ 228 C.-P.-O.), kann derart gerechtfertigt sein, dass daraus die Annahme, es habe eine Verfolgung der Forderung nicht stattgefunden, nicht abgeleitet werden kann. So liegt die Sache z. B. dann, wenn das Ruhen des Prozesses in aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen seinen Grund hat. In diesen Verhandlungen kann zwar nicht ein Verfolgen des Prozesses, wohl aber eine Verfolgung der Forderung gefunden werden. Für die Frage,

1) Das frühere preussische Obertribunal hat am 29. Okt. 1857 (Striethorst, Arch. Bd. 26 Nr. 53 S. 318, Entsch. Bd. 38 Nr. 60 S. 402) erkannt, dass dem Sohne ein Vorrecht im Konkurse des Vaters dann zusteht, wenn dieser bei einer Erbteilung seinem Gläubiger, dem Miterben seines Sohnes, den diesem zugefallenen Erbschaftsanteil überlassen hat.

2) Vgl. R.-G. (V.) 19. Jan. 1881, (IV.) 10. März 1884, (II.) 7. Dez. 1886, Entsch. Bd. III. S. 294 ff. Bd. XI. S. 63 ff., Bd. XVII. S. 42 ff.; O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884 und 27. Febr. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 398, Bd. XIII. S. 263.

3) R.-G. (V.) 19. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 294.

4) O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 398 ff., Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 472.

5) R.-G. (IV.) 10. März 1884, Entsch. Bd. XI. S. 63.

wann die Verwaltung beendigt ist, kommt es nicht darauf an, wann dieselbe thatsächlich ihr Ende erreicht hat, sondern darauf, wann die Beendigung nach dem Gesetze eingetreten ist. Wenn die Beendigung der Vermögensverwaltung kraft Gesetzes eintritt, wie es z. B. bei der väterlichen Vermögensverwaltung nach gemeinem Rechte der Fall ist, so beginnt die zweijährige Frist mit Eintritt der Volljährigkeit ihren Lauf, denn von diesem Tage kann das Kind, bezw. der Pflegebefohlene sein Vermögen vom Vater fordern und ist dieser zur Herausgabe verpflichtet Wollte man die thatsächliche Beendigung der Verwaltung für massgebend erklären, so würde der Zweck der zeitlichen Beschränkung regelmässig vereitelt werden.[1]) Dauert die Befugnis zur Verwaltung dagegen, wie es bei Vormundschaft und Pflegschaft häufig der Fall ist, fort, bis das Gericht oder die Vormundschaftsbehörde die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft ausgesprochen hat, so kann die Frist erst von dem Tage an laufen, an welchem die Aufhebung erfolgt ist. Bis dahin dauert die Verwaltung kraft Gesetzes fort. Die Berechnung der Frist richtet sich nach dem bürgerlichen Rechte.

§ 55.

Mit der Kapitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;
2. die Vertragsstrafen;
3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen.

(E. § 55; M. S. 268—270; K. S. 53; pr. K.-O. § 83.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Nach § 55 werden mit den Kapitalforderungen, sie mögen bevorzugt sein oder nicht, die dazu gehörigen Nebenforderungen berücksichtigt; diese teilen also den Rang der Hauptforderung. Als selbstverständlich wird hiebei die Anmeldung der Nebenforderungen vorausgesetzt. Die Worte „werden angesetzt“ berechtigen nicht zu der Annahme, dass der Verwalter solche Nebenforderungen von Amts wegen berücksichtigen müsse. Diese Worte sollen vielmehr nur sagen, dass wenn für die Hauptforderung mit Recht ein Vorrang beansprucht wird, die (angemeldeten) Nebenforderungen, auch wenn für dieselben ein Vorrecht nicht ausdrücklich beansprucht worden ist, von Amts wegen in gleichem Range einzusetzen sind[2]). Werden die in § 55 aufgezählten Forderungen für sich allein geltend gemacht, z. B. weil die Hauptforderung bezahlt worden ist, so hat der Gläubiger zwar gleichfalls Anspruch auf das in § 54 vorgesehene Vorrecht; denn § 55 beruht auf dem Grundsatze, dass diese Forderungen den Rang der Hauptforderung teilen, und sie können diesen Rang nicht dadurch verlieren, dass die Hauptforderung weggefallen ist. In diesem Falle muss aber das Vorrecht für die als Hauptforderungen auftretenden Forderungen gemäss § 127 ausdrücklich beansprucht werden. § 55 bezieht sich nur auf Konkursforderungen, muss aber auch auf solche Forderungen, bezüglich deren abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, Anwendung finden, soweit dieselben nach § 57 als Konkursforderungen geltend gemacht werden können. Auch in Ansehung der abgesonderten Befriedigung werden übrigens

[1]) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe 20. Dez. 1884, bad. Ann. Bd. 51 S. 311 ff., bes. S. 316. A. M. ist anscheinend v. Völderndorff Bd. I. S. 639 Anm. 88.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 642.

Kapital, Zinsen und Kosten in der Regel als einheitliche Forderungen behandelt, derart dass ein Absonderungsberechtigter erst dann Befriedigung erhält, wenn sein Vorgänger für seine Haupt- und Nebenforderung Befriedigung erlangt hat. In dieser Beziehung ist, soweit nicht die §§ 40 und 41 zur Anwendung kommen, das Landesrecht massgebend. (Vgl. auch § 759 der C.-P.-O.).

II. Besondere Bemerkungen.

Bezüglich der einzelnen in § 55 aufgezählten Forderungen ist folgendes zu bemerken:

1) Den Rang der Hauptforderung haben zunächst die **Kosten**, welche vor der Konkurseröffnung durch die Einklagung oder einen anderweitigen Versuch der Beitreibung dieser Forderung entstanden, gleichviel ob dieselben als gerichtliche oder aussergerichtliche Kosten anzusehen sind. Nach der preussischen Konkursordnung wurden die Kosten nur dann berücksichtigt, wenn dieselben dem Gemeinschuldner bereits durch rechtskräftiges Urteil zur Last gelegt waren;[1]) diese Beschränkung ist aber nicht in die Konkursordnung aufgenommen worden. Der Gläubiger soll vielmehr berechtigt sein, die ihm schon entstandenen Prozesskosten, auch wenn über deren Erstattung noch nicht endgültig entschieden worden ist, mit der Forderung anzumelden und im Falle sie streitig bleiben, ihre Feststellung durch Aufnahme des Prozesses (§ 134) zu betreiben. (M. S. 270; vgl. auch Bem. IV. 2 zu § 2.)[2]) Die Kosten, welche den Gläubigern durch ihre Teilnahme am Verfahren erwachsen, würden schon deshalb nicht in Betracht kommen, weil sie nicht vor der Konkurseröffnung entstanden. Sie sind aber auch durch § 56 Z. 2 ausdrücklich ausgeschlossen worden. Will der Gläubiger einen anhängigen Prozess lediglich gegen den Gemeinschuldner fortsetzen und demnach auf eine Teilnahme an dem Konkursverfahren verzichten (Bem. I. 1 zu §§ 8 ff.), so kann er natürlich auch den Ersatz seiner Kosten nicht im Konkursverfahren verlangen. (M. S. 269.)

Anders verhält es sich mit Kosten, welche der Gläubiger aufwendete, um die Konkurseröffnung oder die Anordnung vorläufiger Sicherheitsmassregeln herbeizuführen. Diese Kosten (Anwaltsgebühren und Auslagen) bilden, soweit nicht ein nach § 50 zu behandelnder Gerichtskostenvorschuss in Frage steht, den Gegenstand einer Konkursforderung, denn der Grund der Forderung fällt in die Zeit vor der Konkurseröffnung (vgl. § 2) und die das Verfahren vorbereitenden Schritte sind nicht als Teilnahme am Verfahren selbst (§ 56 Z. 2) aufzufassen. (Vgl. Bem. I. zu § 51 S. 258.)

2) Die **Vertragsstrafe** (clause pénale) vertritt überall die Entschädigung für die Nichterfüllung der Forderung, hatte daher die Stelle derselben zu finden. (M. S. 269.) Dabei kommt nichts darauf an, ob die Vertragsstrafe schon bei Abschluss des Hauptvertrags oder nach demselben bedungen wurde, und ob die Strafe bereits verfallen ist oder nicht. Die Forderung bestand (bedingt) schon vor dem Erfüllungstage. Durch die Konkurseröffnung tritt nur Gewissheit darüber ein, dass die Forderung nicht rechtzeitig erfüllt wird.[3]) Auch nach der Konkurseröffnung können Vertragsstrafen verfallen und diese Strafen können ebenso im Konkursverfahren angemeldet werden wie die aus der Anwendung des § 15 abzuleitenden Entschädigungsforderungen.[4]) Wurde die Vertragsstrafe in der Weise bedungen, dass für jeden Tag der Nichterfüllung einer Verpflichtung ein bestimmter Betrag bezahlt werden soll, so ist die in Frage stehende Forderung gleichwohl als eine einheitliche anzusehen, weil sie auf einem einheitlichen Verpflichtungsgrunde beruht und nur die Höhe

[1]) Vgl. Erk. des pr. Obertribunals vom 15. Juni 1858 (Striethorst, Arch. Bd. 28 Nr. 66 S. 330 ff. Entsch. Bd. 40 Nr. 54 S. 384.)

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 504; v. Völderndorff Bd. I. S. 644.

[3]) So auch v. Sarwey S. 504; Stieglitz S. 384; v. Wilmowski S. 251. Vgl. dagegen Fitting S. 91, 92 § 10 Anm. 18; v. Völderndorff Bd. I. S. 644, 645; Willenbücher S. 116.

[4]) Vgl. R.-G. (VI.) 8. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 166.

derselben durch die Zahl der einzelnen Tage bestimmt wird, während deren die Erfüllung unterblieb.[1]) Der Gesamtbetrag der Forderung ist nach den §§ 62, 63 zu berechnen. Ob die Vertragschliessenden beabsichtigen, dass die Vertragsstrafen die Verzugszinsen ersetzen, ist gleichgültig. Auch in diesem Falle trifft § 56 nicht zu, weil es sich bei der Vertragsstrafe und den Verzugszinsen um verschiedene Begriffe handelt.[2]) Beruht der gegen den Gemeinschuldner wegen Nichterfüllung einer Verpflichtung bestehende Anspruch nicht auf einem Vertrage, sondern auf einem richterlichen Urteil oder auf einer letztwilligen Verfügung, so kommt § 55 nicht zur Anwendung, sondern liegt eine selbständige Forderung vor.[3])

3) Die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen werden als Teil der Hauptforderung angesehen und teilen deshalb deren Rang, gleichviel ob sie kraft Vertrages oder kraft Gesetzes verlangt werden und ohne Rücksicht auf die Höhe des Zinssatzes und auf den Zeitraum des Rückstandes. (M. S. 269.) Selbstverständlich wird aber vorausgesetzt, dass die Forderung bezüglich der Zinsen zu Recht besteht. Ist landesgesetzlich die Höhe des Zinsfusses beschränkt, wie es in Elsass-Lothringen der Fall ist, so kann das nach dem Gesetze unwirksame Zinsversprechen auch im Konkurse nicht geltend gemacht werden. Dasselbe gilt, soweit das Zinsversprechen durch das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880, betr. den Wucher, eingeschränkt wird. Ebenso hat auch hier die Zinsverjährung ihre Kraft. Der Verfalltag der Zinsen kommt nicht in Betracht; vielmehr sind dieselben bis zum Tage der Konkurseröffnung zu berechnen. Die Zinsen, welche nach diesem Tage auflaufen, können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden (§ 56 Z. 1). Ob für den Tag der Konkurseröffnung selbst noch Zinsen berechnet werden dürfen, ist zweifelhaft. Doch wird die Frage zu verneinen sein, weil der Zins erst mit Ablauf des Tages fällig würde, an welchem der Konkurs eröffnet wird, und Zinsen für Teile eines Tages im Verkehr nicht üblich sind.[4])

§ 56.

Im Konkursverfahren können nicht geltend gemacht werden:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;
2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Teilnahme an dem Verfahren erwachsen;
3. Geldstrafen;
4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todes wegen.

(E. § 56; M. S. 270, 271; K. S. 53; pr. K.-O. § 84.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die im § aufgezählten Forderungen können im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden, bleiben aber dem Gemeinschuldner gegenüber in Kraft.[5]) Dieser ist deshalb nicht gehindert, die in Frage stehenden Forderungen aus seinem nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögen zu tilgen oder sicherzustellen. Aus diesem Grunde muss auch den Gläubigern die Zwangsvollstreckung in das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen

[1]) Vgl. Stieglitz S. 384.

[2]) A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 645 Anm. 17.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 644.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 504; v. Völderndorff Bd. I. S. 646 Anm. 22; Windscheid Bd. I. S. 333 § 103 Anm. 15 und 16.

[5]) Vgl. R.-G. (II) 25. Febr. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 115.

gestattet sein. (Bem. 2 zu § 11.)[1]) Obgleich die in § 56 aufgezählten Forderungen nach § 2 unter den Begriff der Konkursforderungen fallen würden und § 56 nicht ausdrücklich sagt, dass dieselben nicht als solche anzusehen seien, muss dessen Vorschrift doch als Ausnahme von § 2 aufgefasst und können auch die erwähnten Forderungen begrifflich nicht als Konkursforderungen betrachtet werden. Ein Gläubiger, der aus der Konkursmasse keine Befriedigung suchen darf und von der Teilnahme am Konkursverfahren in jeder Richtung ausgeschlossen ist, kann nicht als Konkursgläubiger bezeichnet werden. Hiernach können sich auch die Wirkungen des Zwangsvergleichs nicht auf die in § 56 aufgezählten Forderungen erstrecken. Dadurch sind die in Frage stehenden Forderungen allerdings, wenn ein Zwangsvergleich zustande kommt, bevorzugt. Aber das ist die Folge der denselben angewiesenen ausnahmsweisen Stellung, aus der sie ebenso Vorteil ziehen können, wie sie die damit verbundenen Nachteile tragen müssen.[2]) Durch die in den §§ 11 und 12 aufgestellten Beschränkungen werden die unter § 56 fallenden Forderungen betroffen, obgleich sie nicht als Konkursforderungen anzusehen sind. Dies ergiebt sich daraus, dass sie aus der Konkursmasse überhaupt keine Befriedigung suchen dürfen. Ebensowenig wie die Haftung des Gemeinschuldners wird durch § 56 die Haftbarkeit der Handelsgesellschafter und Genossenschafter für die während des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft bezw. Genossenschaft laufenden Zinsen berührt. Das Wort „Ausfall" in Art 122 H.-G.-B., § 50 Gen.-Ges. und § 197 Konkursordnung bezeichnet den Betrag, für welchen die Gläubiger, gleichviel aus welchem Grunde, keine Befriedigung aus der Konkursmasse erlangten. Jedenfalls müssen diejenigen Forderungen zu dem „Ausfall" gerechnet werden, welche im Konkursverfahren gar nicht geltend gemacht werden durften.[3]) Von der Aufrechnung sind die in Frage stehenden Forderungen nicht ausgeschlossen, soweit nicht, wie bei den Zinsen und Kosten § 48 Z. 2 zur Anwendung kommt (§ 46). Sollte eine der im § aufgezählten Forderungen, ungeachtet der Vorschrift desselben, im Konkurse angemeldet werden, so ist die Anmeldung unwirksam und wird durch dieselbe insbesondere die Verjährung nicht (gemäss § 13) unterbrochen.

Dass § 56 die Geltendmachung der Forderungen ausschliesst, statt bloss vorzuschreiben, dass dieselben allen übrigen Forderungen nachstehen, wurde in den Motiven (S. 271) damit gerechtfertigt, dass für dieselben doch nur in den allerseltensten Fällen etwas übrig bleiben würde. Sollte sich aber der Fall ereignen, dass nach Befriedigung der Konkursgläubiger noch ein Rest in der Masse bleibt, so würden die Gläubiger, deren Forderungen unter § 56 fallen, sich immerhin vor Aufhebung des Konkursverfahrens nicht an diesen Bestandteil der Konkursmasse halten und auf dem Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes vorgehen können. Dieser Rest behält, solange das Konkursverfahren besteht, die Eigenschaft der Konkursmasse. Auch kann sich bis dahin immer noch ein Konkursgläubiger melden, der seine Anmeldung versäumt hatte.

II. Besondere Bemerkungen.

1. Zinsen und Kosten. (Z. 1 und 2.)

Der in Z. 1 enthaltenen Vorschrift liegt, wie auch in den Motiven (S. 270) hervorgehoben wurde, die Auffassung zu Grunde, dass jede Zinsforderung erst mit dem Ablaufe der Zeit für die Benutzung des geschuldeten Kapitals entstehe. Von diesem Standpunkte aus

[1]) Vgl. Fitting S. 66 § 8 Anm. 1, S. 73 § 8 Anm. 21; v. Wilmowski S. 252 Nr. 1. A. M. v. Sarwey S. 505; Stieglitz S. 386; v. Völderndorff Bd. I. S. 648, 649; Willenbücher S. 117 Nr. 1.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 318 ff. § 121; Fitting S. 66 a. a. O.; Stieglitz S. 652; Willenbücher S. 117 Nr. 1; v. Wilmowski S. 252 Nr. 1. A. M. sind v. Sarwey und v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 30. Jan. 1886, Entsch. Bd. XV. S. 117; O.-L.-G. Dresden 20. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. VI. S. 65.

wurden die vom Tage der Konkurseröffnung an laufenden Zinsen nicht als bedingte sondern als noch nicht entstandene Forderungen behandelt. Übrigens würde die Berücksichtigung der laufenden Zinsen auch Schwierigkeiten bei der Verteilung bereitet haben, während die Nichtberücksichtigung keinen Konkursgläubiger im Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern benachteiligt.

Inwieweit laufende Zinsen bei Geltendmachung von Absonderungsrechten zu berücksichtigen sind, deren Geltendmachung ausserhalb des Konkurses erfolgt (Bem. II. zu § 3), bestimmt das geltende bürgerliche Recht. Auch die Zinsen, welche der wechselregresspflichtige Gemeinschuldner nach Art. 50—52 Wechselordnung zu zahlen hat, fallen, soweit sie nach der Konkurseröffnung laufen, unter die Vorschrift des §. Dagegen werden durch dieselben nicht diejenigen Zinsen betroffen, welche ein wechselregresspflichtiger Gläubiger, wenn auch für die Zeit nach der Konkurseröffnung, zu zahlen hatte, und deren Ersatz er verlangt. Dessen Forderung ist nicht als Zinsforderung, sondern als Entschädigungsforderung anzusehen.[1])

Die durch Teilnahme am gemeinsamen Verfahren entstehenden Kosten (Z. 2) begründen Forderungen, welche erst nach der Konkurseröffnung entstehen und schon deshalb von der Berücksichtigung im Konkursverfahren ausgeschlossen werden mussten. (Vgl. im übrigen Bem. II. 1 zu § 55.)

2. *Geldstrafen.* (*Z. 3.*)

Die von dem Gemeinschuldner zu zahlenden Geldstrafen dürfen nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden, weil eine Gleichstellung derselben mit den übrigen Schulden weniger den Gemeinschuldner als die Konkursgläubiger strafen würde, welche sie nicht verschuldet haben. (M. S. 270.) Vorausgesetzt wird eine auf Grund öffentlichen Rechtes erkannte Geldstrafe. Es kommt jedoch nicht darauf an, ob dieselbe vom Strafrichter oder Civilrichter oder von einem Disciplinargerichte oder von einer Verwaltungsbehörde verhängt wurde. Deshalb gehören auch die Strafen hierher, welche durch polizeilichen Strafbefehl, in Handhabung der Sitzungspolizei oder wegen Nichterfüllung der den Zeugen, Sachverständigen, Geschworenen und Schöffen obliegenden Pflichten bezw. zum Zwecke der Erzwingung der Erfüllung dieser Pflichten verhängt worden sind. Ebenso gehören hierher die Strafen, durch welche die Herausgabe von Gegenständen, die im Strafprozesse der Beschlagnahme unterliegen, oder durch welche im Wege der Zwangsvollstreckung eine Handlung, Duldung oder Unterlassung erzwungen werden soll. (§ 95 St.-P.-O., §§ 774, 775 C.-P.-O.) Dagegen bezieht sich § 56 nicht auf reine Privatstrafen.

Als Geldstrafe im Sinne des § ist die „Busse“, welche vom Richter nach §§ 188 und 231 St.-G.-B. oder auf Grund der Reichsgesetze betr. den Schutz der Urheber-, Marken- und Patentrechte verhängt wird, nicht anzusehen, da dieselbe jedenfalls teilweise den Charakter des Schadenersatzes hat und jeden „weitern Entschädigungsanspruch“ ausschliesst. Auch die Vermögensbeschlagnahme (§§ 93, 140 St.-G.-B., §§ 325, 326 St.-P.-O.) ist keine Strafe. Diese Massregel kann aber die Rechte der Gläubiger nicht berühren, sondern trifft nur dasjenige Vermögen, das sich nach Abzug der Schulden ergiebt. Die vor der Konkurseröffnung verhängte Vermögensbeschlagnahme kann also die Rechte der Konkursgläubiger ebensowenig beeinträchtigen wie die später verhängte [2]) Die vom Strafrichter angeordnete Einziehung (§ 40 R.-St.-G.-B., §§ 295, 360, 367 daselbst) fällt nicht unter die Vorschriften des §, da dieselbe zwar als Nebenstrafe, aber nicht als Geldstrafe aufzufassen ist. Dasselbe gilt wenn das von einem Beamten zum Zwecke der Bestechung Empfangene (nach § 335 R.-St.-G.-B. für dem Staate verfallen erklärt wurde. In allen diesen Fällen handelt es sich nur darum, ob die in Frage stehende Sache aus der Konkursmasse auszusondern ist, und kommt

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 505 Nr. 2.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 652; Willenbücher S. 118; v. Wilmowski S. 252 Nr. 3.

es darauf an, ob der einzuziehende Gegenstand schon vor der Konkurseröffnung aufgehört hat, Eigentum des Gemeinschuldners zu sein.[1]) Ist die Einziehung als solche nicht ausführbar und der Verurteilte verpflichtet, den Wert des einzuziehenden Gegenstandes bezw. den Wert des für verfallen erklärten Empfangenen (§ 335 R.-St.-G.-B.) zu ersetzen, so wird § 56 zur Anwendung kommen, da in diesem Falle die von dem Gemeinschuldner zu zahlende Summe die Eigenschaft der Geldstrafe hat.

3. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners. (Z. 4.)

In Z. 4 wird nach dem Vorgang der preussischen Konkursordnung (§ 84) die Geltendmachung solcher Forderungen ausgeschlossen, welche in einer freigebigen Verfügung des Gemeinschuldners ihren Grund haben. Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift wurde in den Motiven (S. 270 ff.) bemerkt, der allgemein gültige Grundsatz: „in re obscura melius est favere repetitioni quam adventitio lucro" verbiete es, „irgend eine Forderung aus reiner Freigebigkeit, sei diese von Todes wegen oder unter Lebenden erfolgt, mit den sogenannten lästigen Forderungen auf gleiche Linie zu stellen." Ausserdem wurde darauf verwiesen, dass man nicht die Erfüllung von Schenkungsversprechen aus der Konkursmasse verlangen dürfe, nachdem durch die §§ 25 Z. 1 und 2 die schon geschehene Erfüllung einer Freigebigkeit ohne Rücksicht auf den guten Glauben des Empfängers der Anfechtung unterworfen sei. Die Vorschrift in Z. 4 trifft hiernach alle Forderungen, deren Erfüllung eine Freigebigkeit enthalten würde, insbesondere auch das Schenkungsversprechen. Unter dieselbe ist aber die Forderung aus einem Wechsel, dessen Ausstellung, Annahme oder Weiterbegebung in der Absicht erfolgte, dem Gemeinschuldner eine Freigebigkeit zu erweisen, nicht zu begreifen, weil die Wechselforderung als solche von dem Grundgeschäfte unabhängig ist[2]). Auch die auf gesetzlichen Vorschriften beruhende Steuerforderung des Staates ist niemals als eine Forderung aus einer freigebigen Verfügung anzusehen, wenn auch der Gemeinschuldner bei der Steuererklärung das zu besteuernde Vermögen oder Einkommen wissentlich zu hoch angegeben haben sollte[3]). Nach § 84 der preussischen Konkursordnung (Z. 4) waren noch von dem Konkursverfahren ausgeschlossen: „Die Forderungen, welche Zuwendungen auf den Todesfall zum Gegenstande haben, sie mögen in Eheverträgen, Erbverträgen oder andern letztwilligen Verfügungen des Gemeinschuldners enthalten sein." Jedoch war weiter bestimmt: „Hat der auf den Todesfall Bedachte für eine solche Zuwendung dem Gemeinschuldner etwas gegeben, überlassen oder eine sonstige Gegenleistung gemacht, so kann er diese Gegenleistung oder deren Wert, jedoch niemals mehr als den Betrag jener Zuwendung fordern." Eine derartige Bestimmung wurde mit Recht nicht in den Entwurf aufgenommen. Einerseits ist es selbstverständlich, dass freigebige Verfügungen auch in Ehe- und Erbverträgen des Gemeinschuldners enthalten sein können. Andererseits muss hier wie anderswo in jedem einzelnen Falle festgestellt werden, ob die gemachte Zuwendung gegen oder ohne Entgelt gemacht worden bezw. ob das Entgelt nur als ein scheinbares anzusehen ist. Gegenvermächtnis, Leibgedinge, Wittum und dergl. Zuwendungen sind an sich, ungeachtet ihres Verhältnisses zu dem Eingebrachten oder dem Ehevermächtnis, Freigebigkeiten. Der Beweggrund ändert das Wesen der Handlung nicht. Hat aber die Zuwendung im einzelnen Falle die Natur einer entgeltlichen Verfügung, so würde es nicht gerechtfertigt gewesen sein, die Erfüllbarkeit besondern Beschränkungen zu unterwerfen. (M. S. 271.)

Die Z. 4 setzt voraus, dass eine freigebige Verfügung des Gemeinschuldners

[1]) Vgl. Meisner S. 231; v. Sarwey S. 506; Stieglitz S. 387; v. Völderndorff Bd. I. S. 651, 652; Wengler S. 392 Nr. 2; Willenbücher S. 117, 118; v. Wilmowski S. 252 Nr. 2.

[2]) R.-G. (I.) 3. Febr. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 1513, jur. Wochenschr. 1886 S. 274, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VI. S. 5.

[3]) R.-G. (I.) 19. April 1884, Entsch. Bd. XIV. S. 118, 119; O.-L.-G. Hamburg 15. Jan. 1884, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. V. S. 136.

ausgeführt werden soll. Ist dieser in seiner Eigenschaft als Erbe oder Vermächtnisnehmer beschwert worden, so ist die Befriedigung des Vermächtnisnehmers Erfüllung einer dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit, welche nicht auf einer Freigebigkeit des letztern beruht. Die Forderung hat nicht in einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners, sondern in einer solchen des Erblassers ihren Grund, als dessen Vertreter der Gemeinschuldner nicht anzusehen ist[1]). In der Reichstagskommission wurde zwar die Frage angeregt, ob die Vorschrift der Z. 4 nicht zu weit gehe; ein Antrag auf Streichung wurde aber nicht gestellt. Auf die Bemerkung, dass die Bestimmung unter Umständen, z. B. wenn es sich um eine an einen alten Diener zu zahlende Jahresrente handle, zu hart sei, wurde erwidert, dass „Remunerationen" nicht ohne weiteres unter die Vorschrift fallen würden. (K. S. 53.) Ob vergeltende oder wechselseitige Schenkungen als „freigebige Verfügungen" anzusehen sind, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu beurteilen. (V. Bem. I. 2 zu § 25 S. 136.)

Die Vorschrift des § geht insofern weiter als die Bestimmungen des § 25, als die Anfechtbarkeit an bestimmte Fristen geknüpft ist. Dagegen haben die letztern Bestimmungen eine stärkere Wirkung, insofern dadurch auch Verfügungen berührt werden, welche einer dritten, dazwischen geschobenen, Person gegenüber getroffen wurden. Damit § 56 Z. 4 Anwendung finden kann, muss diejenige Forderung, welche im Konkursverfahren angemeldet wird, auf einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners beruhen. Übrigens ist es selbstverständlich, dass neben der Bestimmung dieses § die Vorschriften über die Anfechtung zur Anwendung kommen.[2])

§ 57.

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Konkursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnismässige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letztern ausgefallen ist.

(E. § 57; M. S. 271—275; K. S. 55; pr. K.-O. §§ 39, 185, 247, 248.)

1. Allgemeiner Grundsatz.

Dass Absonderungsberechtigte, welchen gar keine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, sondern nur eine zur Konkursmasse gehörige Sache für ihre Forderung gegen einen Dritten haftet, am Konkursverfahren nicht Anteil nehmen können, ist selbstverständlich. In dieser Lage befinden sich beispielsweise diejenigen Gläubiger, welchen der Gemeinschuldner seine Sache zur Sicherung ihrer Forderung gegen einen Dritten verpfändet hat, ohne sich persönlich zur Zahlung der Forderung zu verpflichten,[3]) ferner Nachlassgläubiger und Vermächtnisnehmer, welche gemäss § 43 abgesonderte Befriedigung im Konkurse über das Vermögen des Erben verlangen, sofern ihnen das bürgerliche Recht die Befriedigung aus diesem Vermögen versagt. Dies ist z. B. nach der bayerischen Gerichtsordnung von 1753 (Kap. 20 § 17 Z. 7) der Fall.[4]) Im gemeinen Rechte ist die Frage bestritten.[5])

[1]) Vgl. Stieglitz S. 388. A. M. v. Völderndorff Bd. I. S. 653.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 507; Stieglitz S. 387, 388.

[3]) R.-G. (III.) 14. Juni 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 1585, jur. Wochenschr. 1887 S. 328.

[4]) Vgl. v. Roth, bayer. Civilrecht Bd. III. S. 726 § 371 Nr. III. 2; v. Sarwey S. 508, 406; v. Völderndorff Bd. I. S. 654 Anm. 1.

[5]) Vgl. Windscheid Bd. III. § 607 Anm. 10 S. 241.

Hat ein Konkursgläubiger ein Pfandrecht an Sachen, welche nicht zur Konkursmasse gehören, so kann § 57 keine Anwendung finden, weil hier überhaupt kein Absonderungsrecht geltend gemacht wird, das immer voraussetzt, dass aus einem zur Konkursmasse gehörigen Gegenstand Befriedigung gesucht wird. Hat für die Schuld einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschafter eine ihm gehörige Sache verpfändet, so wird nach dem Gesagten im Konkurse über das Vermögen der Gesellschaft, in welchem nach § 61 die ganze Forderung geltend gemacht werden kann, abgesonderte Befriedigung nicht verlangt. Vielmehr kann dies nur im Konkurse über das Vermögen des verpfändenden Gesellschafters geschehen. Hier kann aber der Gläubiger seine Forderung nur insoweit anmelden, als es sich um den etwaigen Ausfall im Konkurse über das Gesellschaftsvermögen handelt. (Art. 119 und 122 H.-G.-B.) Wird dieser letztere Konkurs durch Zwangsvergleich erledigt, so kann der Gläubiger sich wegen seiner ganzen Ausfallsforderung an den verpfändenden Gesellschafter halten und diese Forderung in dem Konkursverfahren über dessen Vermögen geltend machen, sofern jenes nicht infolge der Erledigung des Konkurses über das Gesellschaftsvermögen gleichfalls aufgehoben wird.[1]) Bezüglich derjenigen Absonderungsberechtigten, welche zugleich persönliche Gläubiger des Gemeinschuldners sind, geht die Konkursordnung von dem Grundsatze aus, dass dieselben ihre Forderungen im Konkursverfahren geltend machen können ohne deshalb verpflichtet zu sein, den ihnen haftenden Gegenstand der Konkursmasse zu überlassen bezw. auf ihr Absonderungsrecht zu verzichten. Dieses Recht steht denselben jedoch nur insoweit zu, als sie durch Ausübung des Absonderungsrechtes keine Befriedigung erlangen. Der Absonderungsberechtigte meldet zwar seine Forderung als Ganzes zum Zwecke der Prüfung und Feststellung an.[2]) Deshalb wird auch durch den Eintrag in die Tabelle seine ganze Forderung rechtskräftig festgestellt,[3]) während durch die Feststellung dieser Forderung nicht auch das Absonderungsrecht selbst festgestellt wird.[4]) Der Absonderungsberechtigte, in dessen Anmeldung ein Verzicht auf das Absonderungsrecht nicht enthalten ist,[5]) kann aber nur für den Ausfall Befriedigung verlangen. Es sind demselben nicht zwei Wege eingeräumt, auf denen er gleichzeitig Befriedigung beanspruchen kann. Vielmehr muss er in erster Linie durch Geltendmachung des Absonderungsrechtes Befriedigung suchen und darf eine Konkursforderung nur insoweit geltend machen, als er dieselbe aus dem Erlöse des Gegenstandes der abgesonderten Befriedigung nicht erlangen kann, Auch wenn ein Zwangsvergleich abgeschlossen worden ist, darf der Absonderungsberechtigte nicht zunächst den auf ihn treffenden Anteil an der hiernach zu zahlenden Summe in Empfang nehmen und den Rest aus dem Erlöse decken, welcher aus dem Absonderungsgegenstande erzielt werden wird. In vorbehaltsloser Annahme der Zwangsvergleichssumme muss vielmehr ein Verzicht auf das Absonderungsrecht gefunden werden.[6]) Hat der Gemeinschuldner dem Absonderungsberechtigten vor der Konkurseröffnung das Recht eingeräumt, in erster Linie seine Konkursforderung geltend zu machen und sich wegen des Ausfalls an

[1]) R.-G. (I.) 4. Jan. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 90.

[2]) Vgl. Fitting S. 94 § 10 Nr. V.; v. Völderndorff Bd. I. S. 656; v. Wilmowski S. 253; R.-G. (I.) 20. Okt. 1888, jur. Wochenschrift 1888 S. 425; bayer. oberstes Landesg. 4. Mai 1887, Sammlung. Bd. XI. S. 634; Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 126 ff.; Bl. für Rechtsanw. Bd. 52 S. 203 ff.

[3]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 4. Mai 1887 a. a. O.

[4]) Vgl. Zeller in den Bl. für Rechtsanw. Bd. 52 S. 273 ff.; ferner R.-G. (II.) 10. Okt. 1884, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 538, Grünewald, Rechtsgrunds. Bd. XII. S. 56.

[5]) R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 36; O.-L.-G. Köln 2. Dez. 1880, rhein. Arch. Bd. 72 Abt. II. S. 72 ff.

[6]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 655; Willenbücher S. 119 Nr. 3; v. Wilmowski S. 254 Nr. 1 a. E.; R.-O.-H.-G. 25. Febr. 1873, Entsch. Bd. 9 S. 96, 97; R.-G. (I.) 20. Dez. 1879, (II.) 25. Okt. 1881, (V.) 21. Jan. 1882 und 18. Sept. 1886, Entsch. Bd. I. S. 183, Bd. V. S. 394 ff., Bd. VI. S. 66 Bd. XVI. S. 68; O.-L.-G. Köln 27. Okt. 1883, rhein. Arch. Bd. 74 Abt. II. S. 61.

den Absonderungsgegenstand zu halten, so wird dadurch an der Sache nichts geändert. Eine solche Zusicherung ist den Beteiligten gegenüber unwirksam.

2. *Verzicht auf das Absonderungsrecht.*

Soweit der Absonderungsberechtigte auf den Absonderungsanspruch verzichtet, stehen ihm, wenn er eine Forderung hat, alle Rechte eines Konkursgläubigers zu. Der Verzicht ist jedoch ausdrücklich und in unbedingter Weise zu erklären. Die Bestimmungen des französischen Fallimentsgesetzes (Art. 508), nach welchem das Mitstimmen des Gläubigers bei dem Konkordat von Rechts wegen einen Verzicht auf die Hypothek oder das Vorzugsrecht enthält, und die des belgischen Gesetzes von 1851 (Art. 513), welches noch die Bestimmung beifügt, dass der Verzicht unwirksam werde, wenn der Zwangsvergleich nicht zustande komme, wurde in den Motiven für ungerechtfertigt erklärt. „Weder ein stillschweigender, noch ein bedingter Verzicht ist annehmbar.“ (M. S. 274.) Vielmehr wird der Absonderungsberechtigte nur dann gleich andern Konkursgläubigern im Verfahren zugelassen, wenn er den Verzicht in bestimmter und bindender Weise ausgesprochen hat. Dass der Absonderungsberechtigte auf einzelne Befugnisse, welche ihm als solchem zustehen, verzichtet, genügt nicht; dagegen kann er, wenn er für einen Teil der Forderung, auf das Absonderungsrecht verzichtet, für diesen ohne weiteres am Konkursverfahren Anteil nehmen. Die Bestimmungen des französischen und belgischen Fallimentsgesetzes, von welchen das erstere einen teilweisen Verzicht gar nicht zulässt, während das letztere mindestens den Verzicht auf die Hälfte des Forderungsbetrags verlangt, haben ihren Grund in der Besorgnis, dass sonst der Gemeinschuldner zu leicht die zu einem Zwangsvergleiche erforderliche Personenmehrheit erreichen könne, indem ein gesicherter Gläubiger sich leicht gewinnen lasse, für einen unbeträchtlichen Teil seine Sicherheit aufzugeben. Die Vorschriften wurden aber bei Aufstellung des Entwurfes nicht für gerechtfertigt gehalten. Der Absonderungsberechtigte ist unzweifelhaft befugt, auf jeden Teil seines Absonderungsanspruches Verzicht zu leisten, ohne dass die Konkursgläubiger dem widersprechen können. Eine nur in wenigen Fällen mögliche Besorgnis wurde aber, auch abgesehen von dem Schutze, den die Konkursgläubiger gegen betrügliches Zustandebringen eines Zwangsvergleiches geniessen, nicht als ein genügender Grund angesehen, um allen Gläubigern in allen Fällen ein wohlbegründetes Recht zu entziehen. (M. S. 274, 275.) Der einmal gültig erklärte Verzicht wirkt auch nach Aufhebung des Konkursverfahrens fort.

3. *Ausfall bei der abgesonderten Befriedigung.*

Soweit der Absonderungsberechtigte nicht auf seinen Absonderungsanspruch verzichtet, könnte er streng genommen nur dann an dem Konkursverfahren teilnehmen, wenn sein Ausfall feststeht. Diese Forderung, welche in der englischen und amerikanischen Gesetzgebung scharf durchgeführt ist, wurde aber in der Konkursordnung aufgegeben, weil darin eine unverkennbare und nicht gerechtfertigte Härte gegen den Absonderungsgläubiger liege, der nicht ungünstiger gestellt werden dürfe als andere Konkursgläubiger mit unbestimmten oder bedingten Forderungen. Dessen Forderung besteht zwar nur in dem Betrage des Ausfalles, aber diese Ausfallforderung ist doch eine schon begründete, wenngleich gewissermassen bedingte. Nur die Höhe, nicht der Bestand der Forderung ist bedingt; deshalb räumt die Konkursordnung dem Absonderungsberechtigten das Recht ein, behufs demnächstiger endgültiger Teilnahme vorerst den vollen Betrag seiner Forderung anzumelden sowie zur Prüfung und zur Feststellung zu bringen. Auch gestattet dieselbe, obgleich der Ausfall noch nicht endgültig feststeht, eine Berücksichtigung des mutmasslichen Ausfalls in Ansehung der Teilnahme an den Abstimmungen der Gläubiger (§ 88) und, sofern die abgesonderte Befriedigung betrieben wird, auch hinsichtlich der Teilnahme an den Abschlagsverteilungen (§ 141

Abs. 2). Bei der Schlussverteilung dagegen kommt der Grundsatz des § 141 Abs. 1 zur Anwendung, nach welchem nur ein feststehender Ausfall berücksichtigt wird. (M. S. 275.) Wenn der verpfändete oder sonst haftende Gegenstand bei der Schlussverteilung noch gar nicht verwertet ist, steht nicht bloss, wie es die preussische Konkursordnung (§ 248) vorschrieb, den Faustpfandgläubigern, sondern auch den übrigen Absonderungsberechtigten ein Anspruch auf Berücksichtigung nicht zu. Solange nicht feststeht, dass der Absonderungsberechtigte einen bestimmten Ausfall erlitten hat, muss der ihm bei der Abschlagsverteilung zugewiesene Betrag zurückbehalten werden. (§ 155 Z. 3.)

§ 58.

Betagte Forderungen gelten als fällig.

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt.

(E. § 58; M. S. 275—278; K. S. 55; pr. K.-O. § 249.)

1) Dass auch diejenigen Forderungen gegen den Gemeinschuldner, welche zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht fällig sind, berücksichtigt werden müssen, ist in allen Gesetzgebungen anerkannt. Jedoch ist die Frage nicht überall in derselben Weise geregelt. Die Konkursordnung geht nicht soweit als die französische Gesetzgebung (code de commerce Art. 448, Fallimentsgesetz Art. 444), nach welcher die Fallimentseröffnung dem Gemeinschuldner gegenüber die Fälligkeit der noch nicht verfallenen Forderungen bewirkt. Die betagten Forderungen gelten vielmehr nur innerhalb der Grenzen des Konkursverfahrens also den übrigen Konkursgläubigern gegenüber als fällig. (M. S. 276.) Sobald das Konkursverfahren aufgehoben, ein Gemeinschuldner sonach nicht mehr vorhanden ist, kommen auch die Wirkungen des § 58, welche bloss für das Konkursverfahren gelten, in Wegfall. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich nicht auf § 152 Abs. 2 berufen, denn dort wird nichts über die Fälligkeit betagter Forderungen bestimmt, vielmehr eine ausserhalb des Konkursverfahrens als fällig geltende Forderung vorausgesetzt. An sich hat aber die Feststellung in der Konkurstabelle ebensowenig wie die Feststellung in einem Urteile die Wirkung, dass eine betagte Forderung dadurch fällig wird.[1]) Die Vorschrift des § 58 darf ferner nicht bezogen werden auf die Absonderungsberechtigten und auf diejenigen schwebenden Verbindlichkeiten, deren Erfüllung nach Tit. II. zu und aus der Masse geschehen soll. (M. a. a. O.) Eine betagte Forderung kann deshalb nicht etwa unter Verzicht auf die Teilnahme am Konkursverfahren ausserhalb desselben zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung oder zum Zwecke der Befriedigung aus dem nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners geltend gemacht werden. Auch einem Bürgen gegenüber wird die betagte Forderung nicht als fällig behandelt. Ebenso kann die Vorschrift des Art. 1188 C. c. nach der richtigen Ansicht dem Bürgen gegenüber nicht angerufen werden.[2]) Die deutsche Konkursordnung geht übrigens weiter als die preussische (§ 249), welche nur den Ansatz der noch nicht fälligen Forderungen bei der Verteilung der Masse in Betracht zog. Der Grundsatz gilt, wie bei den Verteilungen, so auch bei der Aufrechnung, bei den Beschlussfassungen der Konkursgläubiger und bei der Feststellung

[1]) Vgl. Meisner S. 232; v. Sarwey S. 512 Nr. 1; Stieglitz S. 393; v. Völderndorff S. 660 Anm. 7—9; Willenbücher S. 120 Nr. 2; v. Wilmowski S. 255 Nr. 2. A. M. Schultze, das deutsche Konkursrecht S. 80 ff.

[2]) Vgl. die in der vor. Anm. angeführten Schriftsteller, ferner R.-G. (II.) 11. Febr. 1881, Entsch. Bd. III. S. 356.

der Forderungen. (M. S. 276.) Darum wurde in Abs. 1 des § die gegenwärtige Fassung bezüglich der Behandlung der betagten Forderungen gewählt. Diese gelten übrigens auch dem Gläubiger gegenüber als fällig. Wenngleich der Termin zu seinen Gunsten gesetzt war, ist der Gläubiger dennoch verpflichtet -- falls er anmeldet —, den jetzigen Wert seiner künftigen Forderung anzunehmen. (M. S. 276.)

Ob eine betagte oder eine bedingte Forderung vorliegt, ist im allgemeinen nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Bezüglich der Forderungen mit unbestimmter Verfallzeit, deren Fälligkeit an ein Ereignis geknüpft ist, von dem zwar feststeht, dass es, aber nicht, wann es eintritt, wurde in den Motiven (S. 278) bemerkt, dass auf dieselben § 62 Anwendung finde. Dieselbe Ansicht wurde in der Reichstagskommission (K. S. 55) von Hagens geäussert, der noch bemerkte: „zu den ungewissen Forderungen gehörten auch diejenigen, wo der Zeitpunkt a quo oder ad quem ungewiss sei."

2) Den Gläubigern, deren Forderung verzinslich ist, erwächst aus der Vorschrift des Abs. 1 weder ein Gewinn, noch ein Nachteil, weil die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können (§ 56 Z. 1). Dagegen würden die Gläubiger, denen eine noch nicht fällige unverzinsliche Forderung zusteht, wenn lediglich Abs. 1 zur Anwendung käme, mehr erhalten als ihnen gebührt und dadurch vor den übrigen Konkursgläubigern, deren Forderungen fällig sind, bevorzugt werden. Dies zu verhüten, ist der Zweck des Abs. 2, nach welchem von derartigen Forderungen Zwischenzinsen in Abzug zu bringen sind. Bezüglich der Frage, in welcher Art diese Zinsen zu berechnen sind, wurde von der sogen. Carpzowschen Methode, nach welcher dem Gläubiger die Zinsen seiner ganzen Forderung für den Zeitraum zwischen dem Tage der verfrühten Zahlung und dem Verfalltage abgezogen werden, abgesehen, weil dieselbe unrichtig ist und die Gläubiger benachteiligt, welche, wenn die Fälligkeit erst nach zwanzig Jahren einträte, bei einem Zinsfusse von 5 Prozent, ihre ganze Forderung verlieren würden. Um den Gläubiger nicht zu beeinträchtigen, soll vielmehr ermittelt werden, wieviel seine Forderung zur Zeit ihrer Ausübung wert ist. Dieser Wert stellt sich aber auf diejenige Summe, welche mit Hinzurechnung ihres Zinsenertrags für den Zeitraum vom Tage der frühern Ausübung bis zum spätern Verfalltage dem Nennwerte der Forderung gleichkommt. (M. S. 277.) Der erwähnte Grundsatz liegt sowohl der Hoffmannschen als der Leibnitzschen Methode zu Grunde. Beide unterscheiden sich aber dadurch, dass bei der ersten der Zinsenertrag nur in den einfachen Zinsen besteht, während nach der Leibnitzschen Methode auch Zinsen von Zinsen berechnet werden. Von der letztern Berechnungsart wurde bei Aufstellung der Konkursordnung Umgang genommen, weil sie von der Voraussetzung ausgehe, dass der Empfänger die gewonnenen Zinsen augenblicklich wieder als Kapital zinsbar anlegen könne, dies aber im praktischen Leben namentlich bei kleinen Beträgen nur selten möglich sei. Es sind deshalb Zinseszinsen nicht in Ansatz zu bringen, vielmehr die Zwischenzinsen lediglich nach der Hoffmannschen Methode zu berechnen. (M. S. 277.)

Als Ausgangspunkt bei der Bemessung des Zeitraums, für welchen Zwischenzinsen zu berechnen sind, hat die deutsche Konkursordnung nicht wie die preussische den „Zahlungstag", sondern den Zeitpunkt der Konkurseröffnung (§ 100) angenommen, von welchem ab die Schuldenmasse und der Umfang jeder Konkursforderung feststeht. Von diesem Zeitpunkte an hört der Bezug von Zinsen aus der Konkursmasse auf und verlieren die verzinslichen Forderungen den Zinsgenuss bis zur Auszahlung. Deshalb erleiden, um mit ihnen gleichgestellt zu werden, die unverzinslichen Forderungen den Zinsabzug von der Konkurseröffnung ab. (M. S. 278.) Auch wenn die Forderung, welche am Tage der Konkurseröffnung noch nicht fällig war, zur Zeit der Anmeldung fällig geworden ist, muss hienach ein Zinsabzug für die Zeit, die zwischen der Konkurseröffnung und dem Tage der Fälligkeit liegt, stattfinden. [1]) Als Zinsfuss, der bei der Berechnung zu Grunde zu legen ist, wurde

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 667.

der gesetzliche Zinsfuss gewählt, der in dem betreffenden Lande gilt. Ist die Forderung zu einem geringeren Zinsfuss als dem gesetzlichen zu verzinsen, so ist Abs. 2 des § nicht anwendbar. Die Forderung ist immerhin eine verzinsliche. Deshalb wurde bei solchen Forderungen, von einem Zinsabzug, der in manchen Gesetzgebungen vorgeschrieben ist, absichtlich Umgang genommen. (M. S. 278.)

Bei der Berechnung der Zwischenzinsen muss nach der bestimmten Fassung des Gesetzes der ganze Zeitraum, welcher zwischen der Konkurseröffnung und dem Tage liegt, an welchem die Fälligkeit eintritt, zu Grunde gelegt werden. Es ist deshalb nicht gestattet, wie es bei Kaufleuten üblich ist, den Monat einfach zu 30 und das Jahr zu 360 Tagen zu berechnen. Jedenfalls ist diese Berechnungsweise bei Nichthandelssachen unzulässig.[1]) Die Berechnungsart des zu suchenden Kapitals X ergiebt sich, wenn die betagte Forderung mit A, der in Betracht kommende Zeitraum mit B bezeichnet und der Zinsfuss von 5 Prozent zu Grunde gelegt wird, aus folgender Gleichung:

$$X + \frac{B \cdot 5 \cdot X}{100} = A, \text{ demnach } X = \frac{100 \cdot A}{100 + 5\,B}$$

Wird nach Tagen gerechnet, so ist folgende Gleichung zu benutzen, bei welcher die Zahl der Tage mit B bezeichnet ist:

$$X + \frac{B \cdot 5 \cdot X}{100 \cdot 365} = A, \text{ folglich } X = \frac{100 \cdot 365 \cdot A}{100 \cdot 365 + 5\,B}$$

§ 59.

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht.

(E. § 59; M. S. 279; K. S. 55; pr. K.-O. § 250 Z. 2.)

Ist einer Forderung eine auflösende Bedingung beigefügt, so ist nicht deren Bestand, sondern deren Auflösung bedingt. Deshalb werden solche Forderungen überall wie unbedingte behandelt. Auch die Konkursordnung verfährt in dieser Weise und zwar sowohl bezüglich der Beschlussfassung als bei der Verteilung. Überall sind derartige Forderungen ihrem vollen Betrage nach anzusetzen. Zu einer Sicherheitsbestellung wegen der Rückzahlung für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung ist der Gläubiger nur dann verpflichtet, wenn eine solche Verpflichtung auch dem Gemeinschuldner gegenüber bestand. Ist dies der Fall, so werden nach § 155 Z. 4 die auf ihn fallenden Anteile aus der Verteilung zurückgehalten bis feststeht, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht. Mit Rücksicht darauf muss sofort bei der Anmeldung und Prüfung der Forderung — nötigenfalls im Wege des Feststellungsprozesses gemäss § 134 — die Frage erledigt werden, ob der Gläubiger zur Sicherheitsleistung rechtlich verpflichtet ist oder nicht. Die Feststellung der Art und des Umfanges der Sicherheit kann dem Zeitpunkte der Verteilung vorbehalten bleiben. (M. S. 279.) Aber auch bezüglich dieses Punktes muss, wenn nicht gütliche Einigung erfolgt, ein besonderer Prozess geführt werden. Es ist übrigens zulässig, dass schon in dem Prozesse über die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung auch die Art und Höhe derselben festgestellt wird. Ja dieses Verfahren empfiehlt sich mit Rücksicht auf die Verminderung der Prozesse.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 513; v. Völderndorff Bd. I. S. 663 Anm. 20; Willenbücher S. 720 Nr. 3.

§ 60.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung.

(E. § 60; M. S. 279–285; K. S. 55; pr. K.-O. § 250 Z. 1, § 86.)

1) Der Gläubiger, dessen Forderung vom Eintritte einer aufschiebenden Bedingung abhängt, hat nach der Konkursordnung immerhin die Eigenschaft eines Konkursgläubigers. Mag man das Rechtsgeschäft oder das gewollte Rechtsverhältnis für bedingt halten, und mag der eintretenden Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt werden oder nicht, so hat der Gläubiger schon zur Zeit der Konkurseröffnung einen begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner (§ 2), nämlich den Anspruch, dass, wenn das bestimmte Ereignis eintritt, die versprochene Leistung erfolge. Dies gilt auch für solche Ansprüche, deren Bedingtheit auf einer letztwilligen Verfügung oder auf dem Gesetze beruht. Auch der dem Cessionar im Falle einer Gewährleistung für den Eingang der Forderung eventuell zustehende Rückgriffsanspruch ist eine bedingte Forderung, berechtigt sonach zum Verlangen einer Sicherstellung. Der Anspruch wird aber nach § 178 auch von den Wirkungen des Zwangsvergleichs betroffen.[1]) Andererseits hat ein solcher Gläubiger, so lange die Bedingung schwebt, keinen Anspruch darauf, dass ihm auf seine Forderung irgend etwas aus der Masse ausgezahlt werde, weil es ungewiss ist, ob er den bedingt geschuldeten Gegenstand jemals wird fordern können. Eine solche Auszahlung kann er selbst dann nicht verlangen, wenn der Schuldner verpflichtet ist, für den Fall des Nichteintritts der Bedingung Sicherheit für die Rückgabe des Empfangenen zu bestellen. Die bedingte Forderung gewährt nur das Recht darauf, dass der Gegenstand der Forderung bei Eintritt der Bedingung dem Gläubiger nicht vorenthalten werde. Der Gläubiger kann daher nur Sicherstellung verlangen.

2) Die Frage, in welcher Art und in welchem Umfange eine Sicherstellung einzutreten hat, ist in den Gesetzgebungen der einzelnen Länder, deren Bestimmungen in den Motiven (S. 280 ff.) ausführlich dargelegt wurden, in sehr verschiedener Weise geregelt. Das System der Konkursordnung ergiebt sich aus den §§ 142 und 155, welche in dieser Beziehung die massgebenden Vorschriften enthalten, während § 60 nur den leitenden Grundsatz aufstellt. Im Entwurfe war ausdrücklich gesagt, dass der Gläubiger nur zum Verlangen der Sicherstellung „nach Massgabe des § 142“ berechtigt sei. Die hervorgehobenen Worte wurden aber aus redaktionellen Gründen (weil man die Verweisung auf einen spätern § thunlichst vermeiden wollte) von der Reichstagskommission gestrichen, ohne dass dadurch an dem Inhalte des § etwas geändert wurde. (K. S. 55.) Nach den Bestimmungen der erwähnten §§ wird dem Anspruche auf Sicherstellung dadurch genügt, dass bei jeder Abschlagszahlung für den bedingten Gläubiger der volle Betrag zurückgehalten wird, welcher auf die Forderung entfallen würde, wenn sie unbedingt wäre. Ist der Eintritt der Bedingung bis zur Schlussverteilung nicht erfolgt, so ist keine Rücksicht auf diejenigen bedingt Berechtigten zu nehmen, für welche der Gemeinschuldner, Sicherheit zu bestellen, nicht verpflichtet war. Die bis dahin zurückbehaltenen Beträge müssen vielmehr unter die Gläubiger verteilt werden, deren Forderungen nicht bedingt sind. (§ 142 Abs. 2, § 144.) Die Konkursordnung hat sich in dieser Hinsicht dem Gesetze der Vereinigten Staaten von Nordamerika angeschlossen. (M. S. 282.) Steht dem Gläubiger nach dem bürgerlichen Rechte ein Anspruch auf Sicherheitsbestellung zu, so ist auch bei der Schlussverteilung (§ 150) der volle Betrag zurückzuhalten, welcher auf die Forderung, falls sie unbedingt wäre, bei der Verteilung

[1]) Vgl. O.-L.-G. Köln 27. Febr. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 5.

entfallen würde. Die Sicherheitsleistung kann auch unter dieser Voraussetzung auf dem Wege der Klage verlangt werden und zwar auch eventuell für den Fall, dass die Forderung festgestellt wird. [1])

Zum Stimmen in der Gläubigerversammlung ist der Gläubiger, solange ein Widerspruch nicht erhoben wird, in derselben Weise berechtigt, als ob die Forderung nicht bedingt wäre. Erhebt der Verwalter oder ein Konkursgläubiger hiegegen Widerspruch, so entscheidet (nach § 88) das Gericht darüber, ob und zu welchem Betrage der Gläubiger stimmberechtigt ist.

3) Unter welchen Voraussetzungen für bedingte Forderungen die in der vorigen Bem. erörterte Sicherstellung verlangt werden kann, ist in der Konkursordnung nicht geregelt, vielmehr nach der Natur der Forderung und den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu bestimmen. Dass der Gläubiger seinen Anspruch nicht geltend machen kann, wenn bereits feststeht, dass die Bedingung nicht erfüllt werden wird, ist klar. Deshalb kommt der Anspruch auch dann in Wegfall, wenn die vor der Konkurseröffnung gesetzte Bedingung nach Eröffnung des Verfahrens nur durch eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners erfüllt werden könnte, welche nach § 6 den Konkursgläubigern gegenüber nichtig wäre. Hiebei scheidet der Fall, in welchem eine Verbindlichkeit unter der Bedingung des nackten Wollens (si voluerim) begründet worden ist, von vornherein aus, weil eine derartige vor der Konkurseröffnung abgegebene Erklärung von Anfang an nichtig und wirkungslos ist. In diesen Fällen wirkt die spätere Rechtshandlung des Gemeinschuldners nicht als Erfüllung der Bedingung. Vielmehr wird dadurch erst die Forderung begründet. Es gehören sonach nur solche Fälle hierher, bei welchen die Erfüllung der Bedingung nicht von einem blossen Wollen oder Nichtwollen, sondern von einer anderweitigen Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners abhängt. Da nun jede willkürliche Thätigkeit oder Unthätigkeit des Gemeinschuldners als Rechtshandlung (rechtserhebliche Handlung) angesehen werden muss (§ 6 Bem. I. 2 a. E. S. 38), so ist eine nach der Konkurseröffnung vorgenommene Handlung dieser Art gemäss § 6 den Konkursgläubigern gegenüber nichtig. (M. S. 279.) Für diese Gläubiger bezw. für den Konkursverwalter liegt die Sache hiernach ebenso, als ob die Handlung nicht vorgenommen sondern die Erfüllung ausgeblieben wäre. In dieser Beziehung kommt auch nichts darauf an, ob die bedingte Forderung durch den Gemeinschuldner selbst oder durch die Handlung eines Dritten, z. B. des Erblassers, begründet worden ist und ob die Thätigkeit des Gemeinschuldners an sich als eine rechtswidrige erscheint. Die Anwendung des § 6 ist auch dann geboten, wenn letzteres nicht der Fall ist. Nur dann muss die Bedingung, obgleich die Erfüllung durch den Gemeinschuldner herbeigeführt wurde, auch dem Verwalter gegenüber als erfüllt gelten, wenn jener nicht willkürlich, sondern gezwungen oder unbewusst thätig war, eine Rechtshandlung desselben also nicht vorliegt. Ist nicht eine Rechtshandlung des Gemeinschuldners in Frage, oder wurde dem Gläubiger von einem Dritten, z. B. einem Erblasser, ein bestimmter Anspruch für den Fall eingeräumt, dass der Gemeinschuldner irgend eine Handlung vornehmen oder unterlassen sollte, beruht also der Anspruch gerade auf der Widerrechtlichkeit oder Vertragswidrigkeit bezw. der Zuwiderhandlung gegen eine letztwillige Verfügung, welche in der Handlung oder Unterlassung des Gemeinschuldners zu finden ist, so kann hienach der Anspruch des bedingten Gläubigers gerechtfertigt sein, obgleich der Eintritt der Bedingung von einer Thätigkeit oder Unthätigkeit des Gemeinschuldners abhängt. [2])

[1]) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1882, bad. Annalen 1884 S. 357 ff., Juristenzeit. Bd. X. S. 231, 232.

[2]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 807 § 118 Nr. 4; Fuchs S. 78 Anm. 18; Hullmann S. 212; v. Sarwey S. 517 ff. Nr. 3; Stieglitz S. 396 Nr. I.; Wengler S. 401; Willenbücher S. 121 Nr. 1; v. Wilmowski S. 257. A. M. Fitting S. 74 § 8 Anm. 24 und v. Völderndorff Bd. I. S. 670, 671, welcher nur auf das einfache Wollen gestellte Bedingungen hierher rechnet.

4) Eine besondere Bedeutung für den geschäftlichen, besonders für den Wechselverkehr haben die Rückgriffsforderungen von Bürgen und Mitschuldnern des Gemeinschuldners, welchen deshalb die Gesetzgebung wie die Rechtswissenschaft stets eine besondere Beachtung geschenkt hat. Deren Eigenschaft als bedingte Forderung stellt zunächst ausser Frage, dass der Berechtigte sein vor der Eröffnung des Konkursverfahrens begründetes Rückgriffsrecht in demselben verfolgen kann, wenngleich die Bedingung des Rückgriffs — seine Zahlung an den Gläubiger — erst nach der Eröffnung eingetreten ist. (M. S. 282.) Verschieden ist aber die Behandlung der Rückgriffsforderungen bis zum Eintritt der Bedingung. Während das gemeine Recht und das französische Recht es dem Bürgen und Mitschuldner gestatten, auch bevor er dem Gläubiger gezahlt und noch bevor ihn dieser in Anspruch genommen hat, seine eventuelle Rückgriffsforderung geltend zu machen, bestimmte die preussische Konkursordnung (in § 86 Abs. 2): „Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können, insoweit als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf die Forderung künftig (etwa) zu leistenden Zahlungen liquidieren.“ Diese Vorschrift, welche in den Motiven zur preussischen Konkursordnung damit gerechtfertigt wurde, dass auch der Gläubiger das Recht habe, die unbezahlte Forderung geltend zu machen, und dass, wenn dies geschehen, dieselbe Forderung gegen die Masse doppelt verfolgt werde, wurde bei Aufstellung des Entwurfes für ungerechtfertigt erklärt, weil aus der Anmeldung allein der Masse niemals ein Nachteil erwachsen könne, und der Gläubiger sich sehr oft gar nicht im Konkurse melde. Auch wurde es für überflüssig gehalten, nach dem Vorgange der österreichischen Konkursordnung (§ 18 Abs. 2) das Anmeldungsrecht der Mitschuldner und Bürgen auf den Fall zu beschränken, dass die Forderung vom Gläubiger im Konkurse nicht geltend gemacht werde. Eine solche Vorsorge war auch in der That überflüssig. Wird die angemeldete Rückgriffsforderung wie jede andere bedingte Forderung behandelt, so ist der bedingt Berechtigte von dem Empfange jeder Hebung ausgeschlossen; es kann für ihn nur Sicherstellung erfolgen, und in diesem Falle wird ein entsprechender Betrag zurückbehalten. Meldet sich nun auch der Gläubiger vor der Schlussverteilung (§ 143), so entscheidet sich dadurch zugleich, ob für den Rückgriff die Bedingung fehlt. Der Rückgriff fällt nicht blos insoweit, als der Gläubiger aus der Masse Zahlung erhält, sondern auch inbetreff des von diesem erlittenen und von dem Bürgen oder Mitschuldner ihm zu zahlenden oder gezahlten Ausfalls fort, soweit der Rückgriff auf einem Eintritte in die Rechte des Gläubigers beruht. Denn wiewohl dessen Befriedigung nur nach den Kräften der Masse erfolgt, ihr gegenüber ist die Forderung erledigt. Das folgt aus allgemein gültigen Rechtsgrundsätzen von selbst. Aus der Masse kann für eine bestimmte Forderung nur einmal Befriedigung verlangt werden; deshalb kann der Bürge nicht neben dem Gläubiger auftreten und auch seinerseits Erfüllung der dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeit verlangen. Für die Konkursmasse wird die Forderung des Konkursgläubigers durch die konkursmässige Befriedigung getilgt, und diese Tilgung muss für sie ebenso die Tilgung des Rückgriffsanspruchs bewirken wie eine ausserhalb des Konkurses erfolgte Zahlung. Dieser Satz gilt auch dann, wenn ein Zwangsvergleich abgeschlossen wurde, denn der im Zwangsvergleiche bestimmte Teilbetrag gilt als Befriedigung und nur derjenige darf dieselbe verlangen, der als Konkursgläubiger auftreten kann. Da der Bürge nicht neben dem Gläubiger selbst seine Rückgriffsforderung im Konkursverfahren geltend machen kann, so ist er auch nicht berechtigt, den Betrag nochmals zu verlangen, der nach dem Zwangsvergleiche auf die in Frage stehende Forderung trifft.[1])

Eine weitere Beschränkung der Ansprüche der Mitschuldner und Bürgen enthielt § 86 Abs. 2 der preussischen Konkursordnung insofern, als dort noch gesagt war, dieselben

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 24. April 1883 und (Verein. C.-S.) 15. Febr. 1886, Entsch. Bd. IX. S. 75 und Bd. XIV. S. 172 ff. bes. S. 178, 179; O.-L.-G. Colmar 12. Mai 1884, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 398 ff.; Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 472, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 25; O.-L.-G. Köln 27. Febr.

sollten „nur berechtigt sein, mittels Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten“, sonach neben der Befriedigung des Gläubigers eine Entschädigung des zahlenden Mitschuldners oder Bürgen aus der Masse nicht gestattet war. Auch diese Vorschrift hat man jedoch nicht in die Konkursordnung herübergenommen. Dies wurde in den Motiven (S. 284, 285) ausführlich gerechtfertigt. Es wurde dargelegt, der Bürge dürfe zwar nicht neben dem Gläubiger mit einer Entschädigungsforderung auftreten, soweit er nur dessen Rechte ausübe oder vom Gemeinschuldner Erstattung des von ihm Geleisteten ex versione in rem oder ex negotiorum gestione fordere, aber dann bemerkt, es gebe doch Fälle, in welchen der Bürge seine Rückgriffsforderung im Konkurse geltend machen dürfe. In dieser letzteren Beziehung wurde ausgeführt: „Aber der Rückgriff kann kraft selbstständigen Rechts über den Umfang der Forderung des Gläubigers und über den Umfang einer nützlichen Verwendung und Geschäftsführung hinaus begründet sein. In letzterer Beziehung: für Zinsen, Kosten und Schäden, die dem Bürgen durch die Befriedigung des Gläubigers erwachsen sind (C. c. Art. 2028, A. L.-R. § 351 ff. I. 14). In ersterer Hinsicht und für den ganzen Umfang des von dem Bürgen oder von einem Mitschuldner Gezahlten, sofern der Rückgriff stattfindet als actio mandati contraria, auf Grund eines gewöhnlichen oder eines „qualifizierten“ Mandats des Gemeinschuldners, nach dem Satze des römischen Rechts: qui non prohibet, pro se intervenire mandare creditur (l. 60 D. de R.-J.) sogar auf Grund stillschweigenden Auftrags. Wenngleich der Gläubiger für seine Forderung aus der Konkursmasse Befriedigung gesucht hat, muss aus derselben dem Bürgen oder Mitschuldner für dessen Forderung aus dem Mandatsverhältnisse Schadloshaltung gewährt werden für das, was er infolge dessen dem Gläubiger hat zahlen müssen. Dies erfordern alle Rechtssysteme und selbst angesichts des § 86 und des § 87 Abs. 3 der preussischen Konkursordnung hat dies die preussische Judikatur in Bezug auf sogen. Gefälligkeitswechsel angenommen. [1]) Weder in diesen noch in andern derartigen Fällen darf man den Rückgriffsberechtigten „lediglich auf einen Eintritt in die Rechte des Gläubigers mittels Befriedigung desselben“ verweisen. In Ansehung dessen, was der Bürge oder Mitschuldner gezahlt hat, muss vielmehr dessen Rückgriff lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen beurteilt werden.“ Diese Ausführungen der Motive, welchen die von dem frühern preussischen Obertribunal vertretene Auffassung zu Grund liegt, dass die erwähnte Vorschrift der preussischen Konkursordnung auf selbständige Rückgriffsforderungen angewendet, prinzipwidrig sei, erscheinen jedoch, wie in dem Urteil des Reichsgerichts vom 15. Februar 1886 zutreffend dargelegt wurde, als unhaltbar. Der Hauptschuldner darf nie in die Lage kommen, für die nämliche Forderung an den Gläubiger und an den Bürgen Zahlung leisten zu müssen; vielmehr hat er nur entweder an den Gläubiger oder, wenn dieser von dem Bürgen befriedigt wurde, an den letztern zu zahlen. Für ihn besteht nur eine einheitliche Schuld, möge die Rückgriffsforderung auf einem selbständigen Rechtsgrunde beruhen oder nicht. An diesem Verhältnisse wird aber nichts durch die Konkurseröffnung geändert, welche nicht die Folge haben kann, dass die bestehende Forderung sich vervielfältigt und die Verpflichtungen der Masse sich demgemäss erhöhen. Da der Gläubiger, soweit es sich um die Masse handelt, durch die der vollen Zahlung gleichzuachtende Zahlung des ermittelten Teilbetrags befriedigt wird, darf der Bürge mit einem Rückgriffsanspruch, der dem Gemeinschuldner gegenüber begründet sein

1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 5. Anders war vom R.-G. in mehreren Urteilen vom 29. Okt. 1881, 10. Nov. 1882 und 9. Mai 1885 entschieden worden. Vgl. Entsch. Bd. VII. S. 80, Bd. VIII. S. 291, Blum, Urt. und Ann. Bd. II. S. 367 ff.

[1]) Vgl. die Erk. des preussischen Obertribunals vom 24. April 1860, 11. Juni, 12. Sept. und 17. Okt. 1861 (Striethorst, Arch. Bd. 37 Nr. 51 S. 192 ff., Bd. 41 Nr. 71 S. 329 ff. und Bd. 43 Nr. 35 S. 147 ff.; Entsch. des pr. Obertrib. Bd. 46 Nr. 48, Archiv für Wechselrecht Bd. 11 S. 83.) In denselben wurde entschieden, dass § 86 pr. K.-O. nicht anwendbar sei, wenn wegen Zahlung eines acceptierten Gefälligkeitswechsels geklagt werde, weil es sich bei diesem Rückgriffe nicht um die Wechselforderung, sondern um eine selbständige Forderung handle.

kann, unter keinerlei Umständen im Konkursverfahren neben dem Gläubiger auftreten, oder neben demselben den auf die Forderung treffenden Zwangsvergleichsbetrag verlangen.[1]) Soweit der Bürge nicht neben dem Gläubiger, sondern an Stelle desselben im Konkursverfahren auftritt, richten sich die Fragen, unter welchen Voraussetzungen er hiezu berechtigt ist und welche Forderung ihm zusteht, nach dem geltenden bürgerlichen Rechte, bezw. soweit eine besondere Vorschrift nicht besteht, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Nach französischem Rechte steht dem Bürgen, auch wenn er sich ohne Vorwissen des Schuldners verbürgt hat, falls er an den Gläubiger zahlen musste, nach ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes (Art. 2028 C. c.) ohne weiteres der Rückgriff gegen den Schuldner zu und er kann auch in allen Fällen Schadenersatz von diesem verlangen. Solange der Bürge nicht bezahlt hat, kann er nach Art. 2032 C. c. zwar nicht Zahlung, aber Sicherstellung fordern.[2]) Er ist, da ihm eine bedingte Rückgriffsforderung zusteht, jedenfalls berechtigt, diese nach § 60 im Konkursverfahren über das Vermögen des Hauptschuldners anzumelden. Steht eine derartige Forderung der nach dem System der gesetzlichen Gütergemeinschaft verheirateten Ehefrau des Gemeinschuldners zu, so kann sie dieselbe als bedingte Forderung anmelden, bevor sie Gütertrennung erwirkt und auf die Gütergemeinschaft verzichtet hat, denn zur Vornahme der Schritte, durch welche ihre eventuelle Forderung sichergestellt werden soll, ist die Ehefrau auch vor Auflösung der Gütergemeinschaft berechtigt.[3]) Soweit eine besondere Vorschrift nicht besteht, wird der Bürge ausser der Erstattung dessen, was er an den Gläubiger zahlen muss, Ersatz des weitern ihm erwachsenen Schadens nur dann vom Schuldner verlangen können, wenn er sich auf dessen Wunsch oder wenigstens in dessen Interesse verbürgt hat, nicht aber, wenn er die Bürgschaft lediglich im Interesse des Gläubigers, ja vielleicht gegen den Willen des Schuldners übernommen hat. Auch wird der Bürge selbst, wenn er noch nicht an den Gläubiger gezahlt hat, seinen im Falle der Nötigung zur Zahlung ihm erwachsenden Anspruch auf Eintritt in die Rechte des Gläubigers im Konkurse geltend machen und Sicherstellung desselben verlangen können. Insbesondere wird dieses Recht dem Indossanten eines Wechsels zustehen und dieser sonach, auch wenn er den Wechsel nicht eingelöst hat, berechtigt sein, den Anspruch, der ihm erwächst, wenn er zur Einlösung gezwungen wird, im Konkursverfahren anzumelden. Dass der Indossant nur, wenn er den Wechsel vor Eröffnung des Konkurses eingelöst hat, zur Aufrechnung befugt ist, wie von manchen Schriftstellern angenommen wird (Bem. III. 2 zu § 48), hat mit dieser Frage nichts zu thun.[4])

Ist der Gemeinschuldner selbst Bürge, so können alle demselben zustehenden Einwendungen, insbesondere die Einrede der Vorausklage oder der Teilung selbstverständlich vom Konkursverwalter geltend gemacht werden. Geschieht dies mit Erfolg, so kann der Gläubiger seinen bedingten Anspruch nur gemäss § 60 ausüben und Sicherstellung verlangen. Haftet der Bürge neben dem Schuldner für das Ganze, so kommt § 61 zur Anwendung.[5])

[1]) Vgl. die auf S. 195 in Anm. 1 angef. Urt. des R.-G., ferner: Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 324 § 122 Anm. 10; Goldschmidt in seiner Zeitschr. Bd. 14 S. 404 ff. und in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 345 ff. bes. S. 379 ff.; Meisner S. 239, 240; R.-O.-H.-G. 11. Febr. 1873, Entsch. Bd. 9. S. 43 ff. bes. S. 46. A. M. Fuchs S. 79; v. Sarwey S. 522 ff.; Stieglitz S. 398; v. Völderndorff Bd. I. S. 675 676; Wengler S. 405, 406; v. Wilmowski S. 259.

[2]) Vgl. Zachariä-Dreyer Bd. II. § 426 Nr. 10 a und 11; Laurent Bd. 28 Nr. 258, 259; R.-G. (II) 2. Dez. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 17 S. 48, jur. Wochenschr. 1885 S. 40; O.-L.-G. Köln 11. Juni 1881, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 25; O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1882, bad. Ann. J. 1884 S. 231.

[3]) Vgl. Zachariä-Dreyer Bd. II. §§ 511 u. 519 S. 205, 254, 259: Aubry et Rau § 511 Bd. V. S. 360; Puchelts Zeitschr. Bd. 4. S. 103; O.-L.-G. Karlsruhe a. a. O. und Ann. Bd. 20 S. 276; Sirey Recueil J. 1838 I. S. 560; 1847 I. S. 655; Journal du Palais 1855 I. S. 614, 1859 S. 819.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 524; Stieglitz S. 399; Willenbücher S. 122 Nr. 3. A. M. ist Hullmann S. 215, 216.

[5]) Vgl. v. Sarwey S. 524 Nr. 4; Stieglitz S. 399; v. Völderndorff Bd. I. S. 677; Willenbücher S. 122 Nr. 4.

§ 61.

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.

(E. § 61; M. S. 285—289; K. S. 55—58, 131; pr. K.-O. § 87.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Der Gläubiger kann die ihm geschuldete Leistung auch dann nur einmal fordern, wenn mehrere Personen samtverbindlich dafür haften. Deshalb verringert jede Teilzahlung eines Schuldners die Forderung auch in Ansehung der Mitschuldner derart, dass der Gläubiger von denselben, selbst wenn sie auf das Ganze verurteilt wurden, immer nur den Rest seiner Forderung verlangen kann. Bei Anwendung dieses Grundsatzes würde aber jede Teilzahlung aus einer Konkursmasse die gleichzeitig in einem andern Konkursverfahren angemeldete Forderung dergestalt mindern, dass in diesem Verfahren der Anteil des Gläubigers nicht vom vollen Betrage sondern nur von dem nach Abzug der Teilzahlung verbleibenden Reste zu berechnen wäre. Dieser Grundsatz würde dazu führen, dass der Gläubiger, wenn sämtliche Schuldner in Konkurs geraten sind, niemals seine volle Befriedigung erhalten könnte, und zwar selbst dann nicht, wenn die verschiedenen Konkursmassen zusammen mehr als 100 Prozent ergeben. Aus der letzten Konkursmasse würde der Gläubiger immer nur einen Teil seiner Restforderung erhalten. Deshalb wurde mit Rücksicht darauf, dass jeder Schuldner an und für sich für den vollen Betrag haftet, und dass daran die Konkursordnung nichts ändert (§ 60 Bem. 4) durch § 61 eine Ausnahmevorschrift getroffen. Nach derselben übt diejenige Teilzahlung, welche der Gläubiger nach der Eröffnung des Verfahrens erhält, auf die in demselben angemeldete Forderung keinen Einfluss. Vielmehr wird die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung bei der Verteilung zu Grunde gelegt. Hat der Gläubiger von A. und B., welche gleichzeitig in Konkurs geraten, 2000 Mark zu beanspruchen, so kann er hienach in jedem Konkurse die ganze Forderung anmelden, und erhält er in dem Konkurs von A. 50%, also 1000 Mark, so bleibt im Konkurse von B. die Anmeldung von 2000 Mark in Kraft. Wenn die Teilzahlung auch hier 50% beträgt, wird der Gläubiger sonach vollständig befriedigt, während er ohne die Vorschrift des § im zweiten Konkurse nur 250 Mark, im ganzen also nur 750 Mark erhalten würde. Dass der Gläubiger niemals mehr als den Betrag seiner Forderung erhalten darf, die nach der Konkurseröffnung von anderer Seite geleisteten Zahlungen also insoweit zu berücksichtigen sind, als sie den Höchstbetrag dessen bestimmen, was der Gläubiger beanspruchen kann, ergiebt sich aus der Natur der Sache. (Bem. III.)

Der aufgestellte Grundsatz gilt auch, soweit die Zahlung in Vollzug eines Zwangsvergleichs geleistet wird. Zwar erfolgt die Befriedigung auf Grund desselben ausserhalb des Konkursverfahrens. Aber es wird innerhalb des Verfahrens festgestellt, in welcher Höhe die einzelnen Forderungen zur Teilnahme berechtigt sind. (Vgl. § 60 Bem. 4.)[1])

2) Nach der preussischen Konkursordnung wurde vorausgesetzt, dass sämtliche Mitverpflichteten in Konkurs geraten seien, und nach dem Entwurfe wurde wenigstens verlangt, dass über das Vermögen „mehrerer“ samtverbindlich haftender Personen der Konkurs eröffnet worden sei. Die Reichstagskommission dehnte aber auf Anregung von Goldschmidt

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 529 Nr. 3.

die Vorschrift noch weiter aus, so dass dieselbe auch dann zur Anwendung gelangt, wenn nur einer der Verpflichteten sich im Konkurse befindet. (K. S. 55—58, 131.) Auch in diesem Falle kann sonach der Gläubiger die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Forderung festhalten, obgleich er nachträglich von den übrigen Schuldnern Zahlungen erhalten und noch weitere zu erwarten hat. Diese Zahlungen haben nur einen Einfluss auf die Berechnung der vollen Befriedigung.[1]) Jedoch darf die schliesslich bezahlte Summe nicht mehr betragen als die Restforderung des Gläubigers. Die vor der Konkurseröffnung erfolgten Zahlungen müssen dagegen unter allen Umständen, gleichviel ob sie durch eine Konkursmasse oder durch einen andern Mitverpflichteten oder durch einen unbeteiligten Dritten geleistet wurden, bei Anmeldung der Forderung berücksichtigt werden.[2])

3) Steht dem Gläubiger der mehreren in Konkurs geratenen Schuldner ein Pfand- oder Vorzugsrecht zu, welches ihm ein Absonderungsrecht gewährt, und wird er nicht schon durch den Erlös aus den Gegenständen der abgesonderten Befriedigung vollständig gedeckt, so erfährt der in § 61 aufgestellte Grundsatz insofern eine Beschränkung, als die Zeit der Konkurseröffnung für die Höhe der Forderung, welche als Konkursforderung nur hinsichtlich des Ausfalls geltend gemacht werden kann (§ 57), nicht unbedingt massgebend ist. Dies gilt jedoch nur für dasjenige Konkursverfahren, in welchem ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird, d. h. in dem der Gläubiger aus einem zur Masse gehörigen Gegenstand abgesonderte Befriedigung sucht. Nur hier kann von der Anwendung des § 57 die Rede sein. In einem Konkursverfahren, in welchem eine abgesonderte Befriedigung nicht in Frage steht, kann der Gläubiger, obgleich ihm ein Pfandrecht an einer nicht zur Konkursmasse gehörigen Sache zusteht, doch seine ganze Forderung anmelden und zwar auch dann, wenn der Eigentümer der verpfändeten Sache sich gleichfalls im Konkurse befindet und zugleich für die ganze Forderung haftet, also § 61 anwendbar ist. Diese Vorschrift zwingt den Gläubiger nicht, in beiden Konkursen die gleiche Forderung anzumelden, sondern ermächtigt denselben nur, ohne Rücksicht auf die andern Solidarschuldner den ganzen Betrag anzumelden, den er bei Eröffnung des Verfahrens zu fordern hat. Dies gilt auch dann, wenn von verschiedenen Personen mehrere Sachen verpfändet worden sind. Es ist immer nur in demjenigen Verfahren § 57 zur Anwendung zu bringen, in welchem ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird.[3])

II. Beschaffenheit der Verpflichtungen.

Was die Beschaffenheit der dem Gläubiger zustehenden Forderung anbelangt, so wurde von einer Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation absichtlich Umgang genommen, weil dieser Unterschied in manchen Rechtssystemen ganz verwischt sei, in andern verschieden aufgefasst werde. Vorausgesetzt wird nur, dass die mehreren Schuldner für dieselbe Leistung auf das Ganze haften. Ob nur ein einziges Schuldverhältnis oder eine Mehrheit von Schuldverhältnissen besteht, ist gleichgültig, ebenso, ob die Haftung der einzelnen Schuldner aus gleichen oder aus verschiedenen Rechtsgründen entsprang, und ob alle Schuldner von vornherein Hauptschuldner waren, oder ein Teil derselben durch Übernahme der Schuld eines andern oder durch Bürgschaftsleistung Mitschuldner geworden ist. Es genügt, dass der Gläubiger zur Zeit der Konkurseröffnung befugt war, die ganze Forderung gleichzeitig gegen jeden Schuldner geltend zu machen. Sofern es sich um wechselrechtliche Verhältnisse handelt, erscheint zwar die Ausnahmevorschrift des § 61

[1]) Vgl. O.-L.-G. Dresden 28. Mai 1885, Wengler, Arch. N. F. Bd. VI. S. 473; R.-G. (II.) 24. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 77.

[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 262 und S. 263 Nr. 3 und 4. A. M. Ladenburg in der Zeitschr. für vergleich. Rechtsw. Bd. II. S. 247 ff., welcher gegen den Wortlaut des Gesetzes den Zeitpunkt der Anmeldung für massgebend hält.

[3]) Vgl. auch Willenbücher S. 124 Nr. 2 a. E.; v. Wilmowski S. 261 Nr. 1 a. E. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 683 lit. F.

insoweit als überflüssig, als der Gläubiger schon nach Wechselrecht befugt ist, ohne Rücksicht auf die aus der einen Masse erhaltene Abschlagszahlung die ganze Forderung in dem andern Konkursverfahren geltend zu machen.[1]) Aber auch dann und gerade dann, wenn die Zahlung wechselmässig tilgt[2]), soll die aus dem Wesen des Konkurses entnommene Ausnahmevorschrift Platz greifen; namentlich also auch dann, wenn der Acceptant oder ein Vormann des Gemeinschuldners die wechselmässig abgeschriebene Teilzahlung bewirkt hat. (M. S. 287, 288.)[3])

Auf das Ganze haftet auch der Solidarbürge, welcher nicht für den vollen Betrag der gegen den Hauptschuldner bestehenden Forderung sondern nur bis zu einer bestimmten Höhe haftet, denn soweit es sich um diesen Betrag handelt, haftet er immerhin mit dem Hauptschuldner „für dieselbe Leistung auf das Ganze". Es bestehen in diesem Falle nicht zwei verschiedene Forderungen. Vielmehr haften beide Schuldner für einen und denselben Anspruch. Nur haftet der Hauptschuldner noch weiter als der Bürge, welcher lediglich für einen Teil der Gesamtforderung in Anspruch genommen werden kann. Auch ein solcher Bürge haftet hiernach für den ganzen Betrag, für welchen er sich verbürgt hat, ohne Rücksicht auf die Anmeldung im Konkursverfahren über das Vermögen des Hauptschuldners und, wenn er in Konkurs geraten ist, kann der Gläubiger hier die ganze Forderung bis zu dem Betrage, für welchen der Bürge haftet, anmelden. Hat der Bürge diesen Betrag nach der Konkurseröffnung an den Gläubiger bezahlt, so kann er zwar seine Rückgriffsforderung im Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners anmelden. Seine Forderung wird aber bei der Verteilung solange nicht berücksichtigt, als nicht die ganze Forderung des Gläubigers gedeckt ist. (Vgl. Bem. 4 zu § 60 S. 297.)[4])

Damit § 61 Anwendung finden kann, müssen die verschiedenen Verpflichtungen nebeneinander bestehen. Haftet ein Schuldner (wie der gewöhnliche Bürge) nur für den Fall, dass der andere nicht zahlt, so ist diese Anwendung nicht gerechtfertigt. In dem Konkurse über das Vermögen des nur eventuell haftenden Schuldners kann in einem solchen Falle nur die Ausfallsforderung geltend gemacht werden. Ebenso verhält es sich, wenn neben einem unbedingt haftenden Schuldner ein anderer nur bedingt haftet. (M. S. 288.)[5])

III. Mehrempfang des Gläubigers. Zurückerstattung desselben.

Eine besondere Vorsorge dafür, dass der Gläubiger mit Hilfe der Ausnahmebestimmung des § nicht mehr erhalte, als ihm an Kapital, Zinsen und anderen Nebenforderungen gebührt, wurde für überflüssig gehalten. In den meisten Fällen wird ohnehin jede Abschlagszahlung aus der vorgeschriebenen Abschreibung auf den Wechseln und Urkunden leicht zu erkennen sein oder es wird der Konkursverwalter doch das Vorhandensein mehrerer auf das Ganze haftenden Schuldner aus den Konkursakten ersehen und sich gegen eine Mehrzahlung

[1]) Vgl. hierzu Borchardt, die allgem. deutsche Wechselordnung (6. Auflage) Art. 82 Zus. 751 Anm. 545 und die dort angeführten Urteile, insbesondere die Erk. des R.-O.-H.-G. vom 18. Sept. 1872, vom 17. Jan. 1873 und 8. Febr. 1873 (Entsch. Bd. VII. Nr. 33 S. 120 ff., Bd. VIII. Nr. 94 S. 387 ff. und Bd. IX. Nr. 15 S. 41 ff.). Nach diesen Entscheidungen kann sich der Acceptant nicht ohne weiteres darauf berufen, dass der Wechsel vom Aussteller bezahlt worden sei und ebensowenig dieser auf die Zahlung durch den Acceptanten. Es kommt immer darauf an, ob der Zahlende bloss sich befreien, oder die ganze Wechselobligation tilgen wollte. Letzteres ist nicht zu vermuten, wenn der Wechsel besteht und sich im Verkehre befindet.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 5. Dez. 1883, Entsch. Bd. XI. S. 18 ff. A. M. Thöl, Handelsrecht Bd. II. § 79 Nr. 11.

[3]) Vgl. die Erk. des preussischen Obertribunals v. 6. Sept. 1859 und 30. Okt. 1860. (Entsch. Bd. 43 Nr. 61 S. 447, Bd. 44 Nr. 41 S. 304, Striethorst, Arch. Bd. 39 Nr. 33 S. 128.)

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 10. Nov. 1882 und O.-L.-G. Colmar 18. April 1882, Entsch. des R.-G. Bd. VIII. S. 290, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VII. S. 483, Bd. VIII. S. 5.

[5]) Vgl. v. Wilmowski S. 261. A. M. anscheinend Fitting S. 92 § 10 Anm. 20.

schützen können. Eine Anzeigepflicht des Gläubigers bezüglich der nach der Konkurseröffnung empfangenen Zahlungen ist nicht vorgeschrieben, doch wird der Verwalter sich hienach erkundigen müssen und haben auch die andern Gläubiger ein Interesse daran, sich um diese Zahlungen zu kümmern. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, nachzuweisen, mit welchem Betrage er in dem andern Konkurse ausgefallen ist. Wenn beide Konkursverfahren gleichzeitig schweben, würde ein derartiger Nachweis gar nicht möglich sein. Ist aber das eine Konkursverfahren abgeschlossen, so ist es Sache des Verwalters, durch Erkundigungen bei dem betr. Konkursverwalter oder dem Konkursgerichte den wahren Sachverhalt zu ermitteln. Anders liegt die Sache, wenn der Gläubiger einer Gesellschaft seine Forderung auch im Konkurse über das Vermögen eines Gesellschafters anmelden will. Hier findet nicht § 61 Anwendung. Vielmehr kann der Gläubiger nur seine Ausfallsforderung anmelden. Nach § 201 kommen hier die §§ 57 und 88 zur entsprechenden Anwendung. (Vgl. Bem. zu § 201.) Bezüglich der Folgen, welche eintreten, wenn der Gläubiger zuviel erhoben hat, ist das bürgerliche Recht massgebend. Derselbe wird den empfangenen Überschuss zu gleichen Teilen an die verschiedenen Konkursmassen herausgeben müssen.

IV. Rückgriffsrecht der einzelnen Mitverpflichteten.

Es kann auch der Fall eintreten, dass in der einen Konkursmasse ein Überschuss bleibt, weil zur Deckung der Forderung nicht mehr die Inanspruchnahme des ganzen aus dieser Masse entfallenden Teilbetrages erforderlich ist oder weil der Gläubiger seine Forderung zu dieser Masse überhaupt nicht angemeldet hat, die Masse sonach zur Befriedigung nicht herangezogen wurde. In solchen Fällen tritt unter den verschiedenen Massen ein Rückgriff nach Massgabe des unter den mehreren Schuldnern bestehenden Rechtsverhältnisses ein. Jedoch ist bezüglich der Ansprüche der Mitverpflichteten untereinander, sei es, dass ein solcher von einem Konkursverwalter oder dass er von einem andern Mitverpflichteten geltend gemacht wird, lediglich das bürgerliche Recht entscheidend. Nach vielen Gesetzgebungen ist zwar der Rückgriff unter den Konkursmassen durch besondere Vorschrift ausgeschlossen; eine solche wurde aber bei Aufstellung des Entwurfes nicht für gerechtfertigt gehalten. (M. S. 289.) Soweit der Rückgriff einer Konkursmasse gegenüber mit Erfolg geltend gemacht wird, handelt es sich auf Seite derselben um eine Masseschuld, da der Anspruch auf eine rechtlose Bereicherung der Masse gegründet wird. (§ 52 Z. 3.) Ohne den Rückgriff würde in dieser Masse derjenige Betrag verbleiben, für welchen nach dem bestehenden Rechtsverhältnisse der Gemeinschuldner dem andern Gemeinschuldner verhaftet ist und für welchen der Rückgriff geltend gemacht wird. Darin würde aber eine ungerechtfertigte Bereicherung liegen.[1])

Die in Frage stehenden Rückgriffsforderungen entstehen zwar bedingt schon durch Anmeldung derselben Forderung im Konkursverfahren. Aber § 60 ist hier deshalb nicht anwendbar, weil die Forderungen erst nach der Konkurseröffnung entstanden, sonach keine Konkursforderungen sind.[2])

§ 62.

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiss oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerte in Reichswährung geltend zu machen.

(E. § 62; M. S. 289—292; K. S. 58; pr. K.-O. §§ 62, 85, 251, 278.)

[1]) Vgl. Meisner S. 242; v. Sarwey S. 530. A. M. Fitting S. 94 § 10 Anm. 22; Stieglitz S. 405; v. Völderndorff Bd. I. S. 684; Willenbücher S. 124 Nr. 3; v. Wilmowski S. 262 Nr. 3.

[2]) Vgl. dag. Ldg. Hamburg 21. Sept. 1882, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) 1883 S. 163.

1) Aus der Art und Weise, in welcher die Verteilung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners geregelt ist, ergiebt sich die Notwendigkeit, dass jeder Gläubiger, der an dem Verteilungsverfahren teilnehmen will, seine Forderung auf einen bestimmten Geldbetrag richten muss. Deshalb schreibt § 62 vor, dass der Wert aller Forderungen, welche diesem Erfordernisse nicht entsprechen, durch Abschätzung festzustellen ist und die Forderungen demgemäss auf bestimmte Geldbeträge zu richten sind. Die Feststellung des Wertes hat in Reichswährung d. h. in Mark und Pfennigen zu erfolgen. In dieser Weise sind auch solche Forderungen umzurechnen, welche ihrem Betrage nach bestimmt aber nicht in Reichswährung festgesetzt sind.

2) Die im § vorgeschriebene Abschätzung ist vor allem notwendig bei Forderungen, welche überhaupt nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind. Durch die Konkurseröffnung wird deshalb jede derartige Forderung in eine Geldforderung verwandelt, gleichviel ob die Hingabe bestimmter einzelner — vertretbarer oder nicht vertretbarer — Sachen oder eine andere Handlung oder eine Unterlassung den Gegenstand der Verbindlichkeit bildet. Die Umwandlung wirkt für und gegen den Gläubiger. Auch Schadenersatzansprüche und Interesseforderungen, ferner Forderungen, deren Geldbetrag mit Rücksicht auf die zeitlichen Grenzen noch ungewiss ist, endlich Ansprüche auf fortlaufende Hebungen, sei es, dass der Anfangstermin, von welchem, sei es, dass der Endtermin, bis zu welchem die Leistung geschuldet wird, durch ein der Zeit nach ungewisses Ereignis bestimmt wird, gehören hierher. Von den Rechten auf den Bezug fortlaufender Hebungen wird in § 63 besonders gehandelt. (M. S. 290)

3) Der Schätzungswert, nach welchem die Forderungen festzusetzen sind, ist auf den Tag der Konkurseröffnung zu berechnen. Ein allgemeiner Masstab für die Berechnung ist im Gesetze weder in Ansehung der thatsächlichen Umstände, welche für die Ermittelung des Wertes von Bedeutung sein können, noch hinsichtlich der Art und Weise, in welcher der Wert zu berechnen ist, vorgesehen. Die Zeit der Leistung darf jedenfalls nicht ausser Acht gelassen werden.[1]) § 16 giebt in den beiden Beziehungen, welche angedeutet wurden, ein Beispiel für die Berechnung an die Hand. (M. a. a. O.)

§ 63.

Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 58) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisiert. Der Gesamtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinssatze kapitalisierten Betrag derselben nicht übersteigen.

(E. § 63; M. S. 290—292; K. S. 58; pr. K.-O. §§ 62, 85, 251, 278.)

1) Bezüglich der Rechte auf den Bezug fortlaufender Hebungen bestimmte die preussische Konkursordnung (§§ 85, 62): „Der Betrag der künftigen Hebungen wird für den ganzen Zeitraum ihrer Dauer behufs der Sicherstellung durch Auswerfung eines Kapitals liquidiert. Fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer werden nach dem Satze zu vier vom Hundert zu Kapital gerechnet." § 63 bezieht sich nur auf solche wiederkehrende Hebungen, welche ihrem Betrage und ihrer Zeitdauer nach bestimmt sind. Damit ist zugleich die weitere Voraussetzung gegeben, dass der Anspruch auf die einzelnen wiederkehrenden Hebungen vor der Konkurseröffnung ein- für allemal entstanden und nicht vom Eintritte eines bestimmten Ereignisses oder Zeitpunktes abhängig ist. Für derartige Ansprüche schreibt die Konkursordnung die Zusammenzählung der einzelnen Hebungen unter

[1]) Vgl. hierzu Urt. des R.-O.-H.-G. vom 29. Okt. 1872, Entsch. Bd. 7 S. 344 ff.

Abzug der Zwischenzinsen (§ 58) vor. Jedoch darf der Gesamtbetrag, der sich aus dieser Zusammenzählung ergeben würde, nicht den zum gesetzlichen Zinsfusse kapitalisierten Betrag der Hebung übersteigen, also nicht zu einer höhern Summe als derjenigen führen, welche sich ergeben würde, wenn die Hebung auf unbegrenzte Zeit fortdauernd geschuldet wäre. (M. S. 290, 291.) Die Hebungen von unbestimmter Dauer zu einem bestimmten Zinsfusse zu kapitalisieren, erschien als ungerechtfertigt. Es kommt sonach § 62 zur Anwendung. Der Eintritt eines bestimmten Ereignisses z. B. des Todes, der Eheschliessung, kann bei verschiedenen Personen für die Berechnung des Wertes der vor diesem Zeitpunkte fällig werdenden Hebungen ganz verschiedene Bedeutung haben; deshalb soll der Richter sich durch die Umstände des einzelnen Falles leiten lassen. Die Wahrscheinlichkeitsrechnung und die Tabellen von Versicherungsgesellschaften werden hiebei Anhaltspunkte gewähren. (M. S. 291.) Ist zwar die Zeitdauer der Hebung, nicht aber der Betrag derselben bestimmt, so ist zunächst der letztere nach § 62 zu berechnen und dann der Wert der Gesamtforderung gemäss § 63 festzustellen.[1])

2) Vollständig abweichend sind die Vorschriften des § 63 von denen der preussischen Konkursordnung, soweit es sich um die Auszahlung handelt. Während nach dieser (§ 251) das in Ansatz gebrachte Kapital verzinslich angelegt war und die zu beanspruchenden Hebungen zunächst aus den Zinsen dieses Kapitals und, soweit dieselben nicht ausreichen, aus dem Kapital selbst entnommen wurden, erhält nach § 63 der Gläubiger statt der einzelnen Hebungen das Kapital, das deren Wert entspricht. In der Höhe dieses Kapitals wird die angemeldete Forderung sowohl bei den Abstimmungen als bei der Verteilung berücksichtigt. Die Forderung ist nicht als eine bedingte anzusehen, der Gläubiger sonach nicht auf einen Anspruch auf Sicherstellung beschränkt. Dem Gemeinschuldner gegenüber bleibt die ursprüngliche Forderung in Kraft. Es bleibt ihm überlassen, sich nach Aufhebung des Verfahrens mit dem Gläubiger zu verständigen, soweit er nicht an die Umwandlung gebunden ist. (Vgl. §§ 129 Abs. 2, 152, 179, 192, ferner M. S. 292.)

Zweites Buch.

Konkursverfahren.

(§§ 64—208.)

Übersicht.

Der Inhalt des zweiten vom Konkursverfahren handelnden Buchs zerfällt in allgemeine Bestimmungen, Vorschriften über die einzelnen Teile des Verfahrens und Bestimmungen über die besonders gearteten und deshalb besondern Regeln unterliegenden Konkurse. Die einleitenden allgemeinen Bestimmungen (Tit. I.) regeln die Zuständigkeit und Thätigkeit des Gerichts, die Stellung des Gemeinschuldners, des Konkursverwalters, der Gläubiger und ihres Ausschusses also der in und bei dem Verfahren beteiligten Personen und geben einige allgemeine Vorschriften über das Verfahren. An diese allgemeinen Bestimmungen schliessen sich die Regeln über die Eröffnung des Verfahrens. (Tit. II.) Sodann werden die Vorschriften getroffen, nach welchen sich die Ermittelung und Feststellung der Teilungsmasse und der Schuldenmasse richtet. (Tit. III und IV.) Darauf folgen diejenigen Bestimmungen, nach welchen das Verfahren seine Erledigung findet. (Tit. V—VII.) Dieselben handeln von der Verteilung (Tit. V.), vom Zwangsvergleich (Tit. VI.) und von der Einstellung des Verfahrens (Tit. VII.). Den Schluss bilden die besondern Vorschriften über eigentümlich geartete Konkurse. (Tit. VIII.) Das in

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. I. S. 688; Willenbücher S. 126.

den Tit. II—VII im einzelnen geregelte Verfahren zerfällt in verschiedene Bestandteile (Eröffnungsverfahren, Verfahren bei Feststellung der Teilungsmasse u. s. w.), welche in ihrer Gesamtheit das einheitliche Konkursverfahren bilden. Eine selbständige Bedeutung kommt diesen einzelnen Bestandteilen des Verfahrens, wie sich schon aus dem häufig vorkommenden Ausdruck „das Konkursverfahren" ergiebt, nicht zu. In den Motiven (S. 293) sind denn auch den „allgemeinen Bestimmungen" die „Vorschriften über die einzelnen Teile des Verfahrens" gegenüber gestellt worden.[1])

2) Eine weitere allgemeine Bestimmung enthält das Gerichtsverfassungsgesetz. Das Konkursverfahren als solches ist Feriensache im Sinne des § 204 dieses Gesetzes. Dagegen sind die durch das Konkursverfahren veranlassten auf die Konkursmasse bezüglichen Prozesse insbesondere die Feststellungsprozesse, weil sie nicht einen Teil des Konkursverfahrens bilden, an sich nicht Feriensachen, sondern haben diese Eigenschaft nur dann, wenn die Anwendung des § 202 des Gerichtsverfassungsgesetzes zutrifft.[2])

3) Bezüglich der Kosten des Konkursverfahrens sind — abgesehen von den §§ 51 Z. 1, 56 Z. 2 und 130 Abs. 3 der Konkursordnung — die Vorschriften des Gerichtskostengesetzes (§§ 50—58 und 79 ff.) massgebend.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

(§§ 64—93.)

Vorbemerkungen.

Die in Tit. I. gegebenen allgemeinen Bestimmungen betreffen die Subjekte des Konkursverfahrens sowie deren Organe und stellen die auf alle Teile des Verfahrens anzuwendenden Regeln für die Thätigkeit dieser Personen auf. In § 64 wird die Zuständigkeit der Gerichte, in den §§ 65—69 das von dem Konkursgerichte einzuhaltende Verfahren im allgemeinen geregelt. Die §§ 70—78 handeln von der Bestellung des Konkursverwalters, dem Umfang seiner Verpflichtungen sowie seinem Verhältnisse zum Konkursgerichte. In den §§ 79—84 sind die Vorschriften über den Gläubigerausschuss, in den §§ 85—91 diejenigen über die Gläubigerversammlung enthalten. Die §§ 92 und 93 endlich sind der rechtlichen Stellung des Gemeinschuldners gewidmet.

§ 64.

Für das Konkursverfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Gemeinschuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so schliesst dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus.

(E. § 64; M. S. 293—297; K. S. 59; pr. K.-O. §§ 115, 127 u. 320.)

[1]) Vgl. Pütter in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 326, 327.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 539 Nr. 1 Bem. 6; Stieglitz S. 416; v. Völderndorff Bd. II. S. 9; Willenbücher S. 129; v. Wilmowski S. 267, 268. A. M. ist Wengler S. 418 Nr. 9.

1) Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit hat sich die Konkursordnung dafür entschieden, dass das Konkursverfahren in allen Fällen, gleichviel ob es sich um Kaufleute oder Nichtkaufleute handelt, vor die Amtsgerichte gehört. In jenen Ländern, in welchen dem Deutschen Reiche die Konsulargerichtsbarkeit zusteht, ist der Konsul als Einzelrichter sachlich zuständig zur Erledigung des Konkursverfahrens über das Vermögen von Deutschen und deutschen Schutzgenossen, welche bei seinem Gerichte ihren allgemeinen Gerichtsstand haben. (Reichsgesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879 §§ 1, 12 und 14.) In den deutschen Schutzgebieten tritt an die Stelle des Konsuls der vom Reichskanzler zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ermächtigte Beamte. (Reichsgesetz betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 17. April 1886 und 15. März 1888 § 2.)[1])

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit ist der allgemeine Gerichtsstand des Gemeinschuldners entscheidend, der sich nach den §§ 13—19 der C.-P.-O. bestimmt. Für Gesellschaften, Genossenschaften u. s. w. ist § 19 der C.-P.-O. massgebend. Soweit es sich um physische Personen handelt, ist der allgemeine Gerichtsstand in der Regel bei dem Gerichte des Wohnsitzes des Schuldners (§§ 13—17 C.-P.-O.) begründet und zwar gilt dieser Gerichtsstand auch dann, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz im Auslande hat. Nur wenn der Schuldner gar keinen Wohnsitz hat, wird der allgemeine Gerichtsstand durch den Aufenthaltsort desselben im Deutschen Reiche oder in Ermangelung eines solchen durch den letzten Wohnsitz bestimmt. (§ 18 C.-P.-O.) Falls ein deutscher Staatsangehöriger im Deutschen Reiche weder einen Wohnsitz noch einen Aufenthaltsort hat, auch einen solchen früher nicht besass, so kann ein Konkursverfahren über dessen Vermögen in Deutschland nur dann eröffnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 208 vorliegen. § 24 der C.-P.-O. kann hier nicht (entsprechende) Anwendung finden, weil er nicht einen allgemeinen sondern nur einen besondern Gerichtsstand für vermögensrechtliche Klagen vorsieht.[2]) Auch § 36 der C.-P.-O. trifft hier nicht zu, weil ein Gerichtsstand im Deutschen Reiche überhaupt nicht begründet ist. Dass der besondere Gerichtsstand der Niederlassung (§ 22 C.-P.-O.) die Zuständigkeit nicht begründet, wurde in den Motiven (S. 296) besonders gerechtfertigt. Sowenig wie dieser kann der in § 21 C.-P.-O. vorgesehene Gerichtsstand hier in Betracht kommen. Auch in dem letztern § wird ein besonderer Gerichtsstand festgesetzt. In den Motiven (S. 296) ist auch nur auf die §§ 13 ff. und 18—20 verwiesen worden.

Hinsichtlich der Zuständigkeit bei dem Konkursverfahren über einen Nachlass, über das Vermögen von Gesellschaften u. s. w. sind die §§ 193 ff. und 202 zu vergleichen.

2) Wenn in der Konkursordnung vom „Gericht" die Rede ist, wird darunter immer das nach § 64 zuständige Amtsgericht verstanden. Dadurch, dass dessen Zuständigkeit als eine ausschliessliche bezeichnet wurde, ist nach § 40 C.-P.-O. jede Vereinbarung über ein anderes Gericht ausgeschlossen. (M. S. 296, K. S. 59.) Sind verschiedene Gerichte zuständig, was vorkommen kann, wenn der Schuldner mehrere Wohnsitze hat, oder wenn eine Gesellschaft oder Genossenschaft nach § 19 Abs. 3 C.-P.-O. neben dem durch diesen § bestimmten noch einen allgemeinen Gerichtsstand festgesetzt hat, so entscheidet die Zeit des Anfalles. Zur Begründung des Vorranges genügt es, dass der Eröffnungsantrag (§ 95) bei einem Gerichte gestellt wurde, wenn auch darauf hin nicht sofort Beschluss ergangen, vielmehr die in § 97 vorgesehene Verfügung oder der Eröffnungsbeschluss von einem andern Gerichte früher erlassen worden ist als von dem zuerst angegangenen Gericht. Dagegen kann die Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung der Eröffnung des Verfahrens bei einem andern nach Abs. 1 zuständigen Gerichte nicht im Wege stehen. Nach § 64 Abs. 2 ist zwar die Zeit des Eröffnungsantrages bezüglich der Zuständigkeit mehrerer an-

[1]) Die Gebiete, in welchen auf Grund von § 2 des obigen Gesetzes das Reichsgesetz betr. die Konsulargerichtsbarkeit eingeführt worden ist, sind aufgezählt in Buschs Zeitschr. Bd. XI. S. 157 und Bd. XII. S. 197, 198.

[2]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 15.

gegangener Gerichte entscheidend. Allein diese Vorschrift ist so zu verstehen, dass der Eröffnungsbeschluss des zuerst angegangenen Gerichtes die Konkurseröffnung durch ein anderes, an sich zuständiges Gericht ausschliesst. Sie kann nicht die Bedeutung haben, dass durch den blossen Eröffnungsantrag bei einem Gerichte die Zuständigkeit der übrigen in Frage kommenden Gerichte ein für allemal beseitigt wird. Ist der Eröffnungsantrag rechtskräftig zurückgewiesen, so hat derselbe seine den Vorrang begründende Wirkung verloren und kann deshalb ein anderes Gericht das Konkursverfahren eröffnen, ohne dass § 64 Abs. 2 entgegengehalten werden darf. Jedenfalls kann ein nach der rechtskräftigen Zurückweisung gestellter Antrag bei jedem der zuständigen Gerichte angebracht werden. Das Wahlrecht, für welches § 64 Abs. 1 Raum lässt, tritt dann wieder in Kraft.[1]) Durch den ersten Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens wird nicht eine Unzuständigkeit der andern Gerichte begründet. Vielmehr lässt sich die ausschliessende Wirkung des ersten Antrages mit der durch die Wahl des Klägers begründeten Rechtshängigkeit (§ 235 Z. 1 C.-P.-O.) vergleichen. Nur wird die ein nochmaliges Verfahren ausschliessende Wirkung des erwähnten Antrages, dem Offizialcharakter des Konkursverfahrens entsprechend (Bem. 2 zu § 67), von Amts wegen berücksichtigt. Auch der später gestellte Antrag ist bei dem zuständigen Gerichte angebracht, darf sonach nicht als unwirksam behandelt werden, sondern kann die Grundlage für einen neuen Eröffnungsbeschluss bilden, ohne dass es eines neuen Antrages bedürfte. Hat der an zweiter Stelle angegangene Richter den bei ihm gestellten Antrag unter Berufung auf § 64 Abs. 2 zurückgewiesen, so ist dieser Antrag endgültig erledigt. Dagegen wird, wenn der erste Antrag wegen Mangels der Voraussetzungen des Konkursverfahrens zurückgewiesen worden ist, dadurch die Konkurseröffnung bei einem anderen Gericht nicht ausgeschlossen, weil an sich jeder Antrag selbständig zu prüfen und das nach § 64 begründete Hindernis weggefallen ist. Da Abs. 1 des § nur die Zuständigkeit der inländischen Gerichte regelt, kann sich auch Abs. 2 nur auf die Fälle beziehen, in welchen die Zuständigkeit mehrerer inländischer Gerichte zusammentrifft. Der Umstand, dass der Eröffnungsantrag bei einem ausländischen Gerichte früher als bei einem deutschen gestellt worden ist, steht daher der Konkurseröffnung durch das letztere Gericht nicht im Wege. Dies ergiebt sich übrigens auch aus den §§ 207 und 208, nach welchen ungeachtet des im Auslande eröffneten Konkursverfahrens die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig ist bezw. ein Konkursverfahren über dasselbe stattfinden kann. Der im Auslande erfolgten Konkurseröffnung wird von der Konkursordnung nicht dieselbe Wirkung beigelegt, wie derjenigen, welche ein inländisches Gericht beschlossen hat. (Vgl. Bem. zu den §§ 207 und 208.)[2])

3) Aus der Vorschrift des Abs. 2 folgt für jedes Gericht, bei welchem ein Antrag auf Konkurseröffnung vorliegt, wenn es davon Kenntnis erlangt, dass bei einem andern Gerichte ein solcher Antrag früher gestellt worden ist, die Verpflichtung, seine Entscheidung über den gestellten Antrag aufzuschieben, bis über den zuerst gestellten Antrag entschieden worden ist, und wenn bereits das Verfahren eröffnet war, die Pflicht, dieses einzustellen, sofern sich ergiebt, dass das nach Abs. 2 ausschliesslich zuständige Gericht das Verfahren eröffnet hat. Auch wird es sich mit Rücksicht auf die Vermeidung unnötiger Arbeit empfehlen, dass das Konkursgericht, bei dem ein Eröffnungsantrag gestellt worden ist und welchem andere gleichfalls zuständige Gerichte bekannt sind, diesen von dem Antrage und dem Eröffnungsbeschlusse Mitteilung macht.

4) Der Umstand, dass ein anderer als der nach der alljährlichen Geschäftsverteilung bestimmte Amtsrichter das Konkursverfahren eröffnet hat und weiterführt, kann die Behauptung, dass das Verfahren von einem unzuständigen Richter eröffnet worden sei oder geleitet werde, nicht begründen. Die Geschäftsverteilung erzeugt nicht die ausschliessliche Zuständigkeit eines bestimmten Richters. Nur bezüglich des Amtsgerichtes selbst

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 17.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 357 Nr. 5; Willenbücher S. 128 Nr. 4; v. Wilmowski S. 269 Nr. 5.

kann vielmehr die Frage aufgeworfen werden, ob dasselbe zuständig sei.[1]) Es kann auch vollständig gerechtfertigt ja notwendig sein, dass ein anderer als der nach der Geschäftsverteilung hiezu berufene Richter mit dem Konkursverfahren befasst wird, weil dieser letztere gesetzlich ausgeschlossen oder abgelehnt worden oder endlich thatsächlich verhindert sein kann. Ob die Beteiligten, wenn solche Gründe nicht vorliegen, darauf dringen können, dass die Geschäftsverteilung eingehalten werde, und welche Mittel ihnen in dieser Beziehung zu Gebote stehen, ist eine andere Frage, welche hier nicht zu erörtern ist.[2]) Wenn die Voraussetzungen des § 36 der C.-P.-O. vorliegen, was bezüglich der Ziff. 1, 2, 5 und 6 vorkommen kann, so ist das zuständige Amtsgericht gemäss §§ 36 und 37 C.-P.-O. durch das im Rechtsmittelzuge zunächst höhere Gericht zu bestimmen.

§ 65.

Die Vorschriften der Civilprozessordnung finden, soweit nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzes sich Abweichungen ergeben, auf das Konkursverfahren entsprechende Anwendung.

(E. § 65; M. S. 297, 298; K. S. 59.)

1) Das Konkursverfahren ist zwar nicht ein besonders gearteter Civilprozess in dem Sinne eines Verfahrens, in welchem Privatrechtsstreitigkeiten unter bestimmten Parteien durch Richterspruch erledigt werden. In demselben ist ein Rechtsstreit, welcher durch Richterspruch zu entscheiden wäre, überhaupt nicht gegeben. Ja es giebt in demselben nicht einmal Parteien im Sinne der C.-P.-O. Das Konkursverfahren wurde in den Motiven (S. 9, 12, 297, 298) in zutreffender Weise als eine Vermögensliquidation bezeichnet und mit dem Liquidationsverfahren verglichen, welches in Ansehung einer kaufmännischen Firma stattfindet. In demselben soll lediglich die Flüssigmachung und Verteilung des Vermögens einer zahlungsunfähigen Person unter ihre Gläubiger, deren Forderungen im Verfahren selbst nicht bestritten oder ausserhalb desselben durch Urteil festgestellt worden sind, in geordneter Weise unter Leitung und Mitwirkung des Gerichtes durchgeführt werden. Die Aufgabe des Konkursgerichtes bei diesem Verfahren ist eine ähnliche wie bei der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Die bei dem Verfahren zwischen den Gläubigern untereinander oder zwischen den Gläubigern und dem Verwalter u. s. w. entstehenden Streitigkeiten, insbesondere diejenigen über das Bestehen einer Konkursforderung, eines Aussonderungs- oder Absonderungsrechtes u. s. w. hat nicht das Konkursgericht zu entscheiden. Vielmehr sind dieselben im Wege des Civilprozesses auszutragen. (§§ 134 ff.; Bem. IV. zu § 22; Vorbem. 2 zu §§ 35 ff. S. 171; Vorbem. 4 zu §§ 39 ff. S. 203.)[3]) Aber es handelt sich immerhin um ein gerichtliches Verfahren und es kommt in demselben eine Reihe von Handlungen vor, welche denselben Charakter wie die im Civilprozesse vorkommenden Handlungen haben. Insbesondere finden Verhandlungen statt, deren Leitung dem Konkursgerichte obliegt; es sind Termine anzuberaumen, Protokolle zu errichten, Zustellungen zu veranlassen, Ermittelungen vorzunehmen und Entscheidungen zu treffen, welche durch Rechtsmittel angefochten werden können. Die Anwendung prozessrechtlicher Vorschriften war daher nicht bloss möglich, sondern auch geboten, und dieselben waren mit Rücksicht auf die Verwandtschaft einzelner Teile des Verfahrens naturgemäss dem geltenden Civilprozessrechte zu entnehmen. Durch § 65 wurde deshalb vorgeschrieben, dass die

[1]) Vgl. Stieglitz S. 413 Anm. i.; v. Völderndorff Bd. II. S. 17 und 18.

[2]) Vgl. hiezu Kleinfeller, die Funktionen des Vorsitzenden S. 23 Anm. 3.

[3]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 283 § 112 Nr. III. und Anm. 12; Eccius Bd. I. S. 789 § 115 Anm. 6; Fitting S. 5 § 2 Anm. 1; v. Sarwey, Einleit. S. XLIX; v. Völderndorff, Einleit. § 4 S. 12 ff.; v. Wilmowski S. 25, 26. A. M. Schultze, Konkursrecht S. 135 ff.; Wach, Handbuch Bd. I. S. 49 § 6 Anm. 11.

Bestimmungen der C.-P.-O. vorbehaltlich der Abweichungen, welche sich aus den Bestimmungen der Konkursordnung selbst ergeben, auf das Konkursverfahren „entsprechende“ Anwendung finden sollen. Demgemäss beruht die Konkursordnung, welche nicht ohne Gefahr aus Prozessgesetzen hätte ergänzt werden dürfen, die von andern Grundlagen als die C.-P.-O. ausgehen, auf dieser letztern, deren Vorschriften mit dem gemachten Vorbehalt als ein in die Konkursordnung aufgenommener Bestandteil derselben anzusehen sind. (M. S. 297, 298.)

Welche einzelnen Vorschriften der C.-P.-O. anwendbar sind, lässt sich weder erschöpfend noch allgemein zutreffend darstellen. Im allgemeinen erscheinen als anwendbar die Vorschriften über den allgemeinen Gerichtsstand, über die Bestimmung des zuständigen Gerichtes, die Ablehnung und Ausschliessung des Richters, über Prozessfähigkeit, Vertretung, über die Folgen einer Versäumung und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sowie einzelne Vorschriften über mündliche Verhandlung, deren Leitung, die Aufnahme des Protokolls, den Sühneversuch, über Glaubhaftmachung, über Zustellung, Termine und Fristen, über Beweisaufnahme und die Arten der Beweise, Einnahme des Augenscheins, Beweis durch Zeugen und Sachverständige, sowie durch Urkunden, ferner die Vorschriften über das Rechtsmittel der Beschwerde, über Offenbarungseid und Haft sowie über einstweilige Verfügungen. Überall soll die Anwendung nur eine „entsprechende“, nicht eine unmittelbare sein, d. h.: es wird vorausgesetzt, dass die Anwendung der Natur des Konkursverfahrens und des in Rede stehenden Verhältnisses entspricht. Eine grosse Anzahl ja die Mehrzahl der Vorschriften der C.-P.-O. entzieht sich von selbst der Anwendung. Wo eine solche zwar möglich ist, aber nicht als zweckmässig erscheint, hat die Konkursordnung für abweichende Bestimmungen Sorge getragen, so bezüglich der Zustellungen (§§ 68, 69), der Wertsberechnung (§§ 136, 62, 63 u. s. w.). Dass nicht die Vorschriften der C.-P.-O. über die Bewirkung und den Vollzug einer Zwangsvollstreckung unzweckmässige Anwendung auf die Verwertung der Konkursmasse finden, hat die Konkursordnung durch die Bestimmungen der §§ 107 ff. vorgesehen. (Vgl. M. a. a. O.)

2) Nach diesen Ausführungen kommen die Vorschriften der C.-P.-O. nur insoweit zur Anwendung, als ein gerichtliches Verfahren in Frage steht, das einer Regelung durch prozessualische Bestimmungen bedarf, nicht aber insoweit als es sich lediglich um die Vermögensverwaltung handelt. Aber auch soweit ein gerichtliches Verfahren oder eine gerichtliche Verfügung in Frage steht, sind die Bestimmungen der C.-P.-O. nicht zur Anwendung zu bringen, wenn sie lediglich auf dem Gegensatze zwischen mehreren Parteien beruhen, also nur für einen wirklichen Rechtsstreit, nicht für ein gerichtliches Verteilungsverfahren passen.[1]) Deshalb kann § 97 der C.-P.-O. auf die im Konkursverfahren thätigen Personen nicht angewandt werden. Diese Vorschrift setzt voraus, dass überhaupt eine Entscheidung über die Prozesskosten erfolgt, sonach ein Teil der entstandenen Kosten einer der in Frage stehenden Parteien auferlegt werden kann. Für eine allgemeine Entscheidung über die Kostenpflicht ist aber im Konkursverfahren kein Raum, da die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren (§§ 50 ff. und 79 ff. des Gerichtskostengesetzes) nach § 51 Z. 1 der Konkursordnung als Massekosten zu behandeln sind.[2]) Auch § 48 des Gerichtskostengesetzes kann im Konkursverfahren aus dem angegebenen Grunde keine Anwendung finden. Ausserdem kommt hier in Betracht, dass eine entsprechende Anwendung dieses Gesetzes überhaupt nicht vorgeschrieben ist, die Vorschriften desselben im Konkursverfahren daher nur insoweit Anwendung finden können, als es im Gerichtskostengesetze selbst vorgesehen ist. Die Konkursordnung kennt weder eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte im Sinne der C.-P.-O. noch ein eigentliches Urteil. (Bem. 1 zu § 66.) Es passen daher auf das Konkursverfahren weder die Bestimmungen über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, die Vorträge der Parteien in derselben u. s. w., noch diejenigen über

[1]) Vgl. Schultze, Konkursrecht S. 18, 19.
[2]) Vgl. Ldg. Zwickau 13. April 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 191.

die Urteile und die gegen dieselben zugelassenen Rechtsmittel der Berufung und Revision sowie die ausserordentlichen Rechtshilfen der Nichtigkeits- und Restitutionsklage.[1]) Dagegen müssen, da auch im Konkursverfahren mündliche Verhandlungen in der allgemeinen Bedeutung des Wortes vorkommen, diejenigen Vorschriften der C.-P.-O., welche sich auf die Leitung solcher Verhandlungen beziehen (§§ 127, 130, 132, 133—135, 140, 142—144), oder die zu errichtenden Protokolle betreffen (§§ 145—151), oder sich mit der Verlegung der Termine durch das Gericht beschäftigen (§ 206), entsprechende Anwendung finden. Auch die §§ 530 bis 540 der C.-P.-O. müssen zur Anwendung kommen, da gegen die im Konkursverfahren erfolgenden gerichtlichen Verfügungen in der Regel das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde stattfindet. (Bem. 3 zu § 66.) Ein Versäumnisurteil kommt im Konkursverfahren so wenig als ein anderes Urteil vor. (Bem. 1 zu § 66.) Es haben deshalb die Bestimmungen der C.-P.-O. über das Versäumnisurteil und den Einspruch (§§ 295—312) für das Konkursverfahren keine Bedeutung. Dagegen müssen die Vorschriften der §§ 208 ff. der C.-P.-O., welche die Wirkungen der Versäumung einer Prozesshandlung regeln, und ebenso die Bestimmungen der §§ 211 ff. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung einer Notfrist entsprechende Anwendung finden. (Bem. 1.) Da im Konkursverfahren ein Anwaltszwang (§ 74 C.-P.-O.) nicht besteht, kann in demselben (vorbehaltlich der Vorschrift des § 143 C.-P.-O.) jede prozessfähige Person als Vertreter eines Gläubigers oder des Gemeinschuldners auftreten. Zur Prüfung der Vollmacht des Vertreters ist das Gericht hiernach von Amts wegen verpflichtet. (§ 84 Abs. C.-P.-O.) Enthält die Vollmacht, welche nach § 79 Abs. 2 der C.-P.-O. auch auf einzelne Handlungen beschränkt werden kann, keine Beschränkungen oder nur solche, welche unter § 79 Abs. 1 fallen, so ist der Bevollmächtigte auch zur Entgegennahme der Zustellungen ermächtigt. Zustellungen, welche an den Vertretenen persönlich erfolgen sollen, müssen sonach an den Bevollmächtigten bewirkt werden. (§ 162 C.-P.-O.)[2]) Die im Konkursverfahren erfolgenden Entscheidungen sind nie als Urteile anzusehen. Es gelten daher in Ansehung der Form und Begründung die Vorschriften der C.-P.-O. über die Beschlüsse. (§ 146 Ziff. 5, § 294 Abs. 1 und 2 mit § 288 C.-P.-O.)[3]) Dem entspricht es auch, dass gegen alle Entscheidungen nach § 66 nur die sofortige Beschwerde stattfindet. Weil diese Entscheidungen nicht Urteile sind, überhaupt in denselben nicht über einen durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch entschieden wird, können dieselben auch nicht materielle Rechtskraft im Sinne des § 293 der C.-P.-O. erlangen. Dagegen werden alle Entscheidungen, sofern die Notfrist für die sofortige Beschwerde versäumt oder der Beschwerdeweg ohne Erfolg betreten worden ist, formell rechtskräftig und damit für das Gericht selbst und für alle Beteiligten bindend.[4])

3) Die Vorschrift des § greift bloss dann Platz, wenn es sich um das „Konkursverfahren" im engern Sinne (Buch II) handelt, nicht auch soweit das „Konkursrecht" (Buch I) in Frage steht, obgleich dessen Bestimmungen sich ebenfalls auf das Konkursverfahren im weitern Sinne erstrecken. Deshalb findet z. B. § 200 der C.-P.-O. keine Anwendung auf die (nichtprozessualischen) Fristen des Anfechtungsrechtes insbesondere die in § 26 der Konkursordnung festgesetzte Frist. (Vgl. Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. S. 88 und Bem. 3 zu § 26 S. 143.)[5]) Ferner bezieht sich § 65 nicht auf Prozesse, welche gelegentlich des Konkursverfahrens entstehen und vor den gewöhnlichen Gerichten auszutragen sind. (Vgl. z. B. § 134.) Auf die Verhandlung und Entscheidung solcher Rechtsstreitigkeiten finden die Bestimmungen der C.-P.-O. nicht bloss „entsprechende" Anwendung, sondern dieselben unterliegen ganz ebenso wie andere Prozesse den Vorschriften der Prozessordnung.

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 31 Nr. 8, bezüglich der Nichtigkeitsklage.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 358 a. E.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 420; v. Völderndorff Bd. II. S. 22, 23; v. Wilmowski S. 271.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 23. A. M. v. Wilmowski S. 272.

[5]) Vgl. R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 328 ff.; O.-L.-G. Köln 12. Mai 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. I. S. 18.

4) Auch die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes müssen im Konkursverfahren Anwendung finden, soweit sich nicht aus den Bestimmungen der Konkursordnung Abweichungen ergeben. Ob das Konkursverfahren, wie es nach der Konkursordnung geregelt ist, seiner Natur nach zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gerechnet werden muss, auf welche nach § 2 des E.-G. zum Gerichtsverfassungsgesetze die Vorschriften dieses letztern Gesetzes Anwendung zu finden haben, oder ob dieses Verfahren an sich zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zu rechnen wäre, ist zwar nicht unzweifelhaft. In das Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit gehören nicht bloss solche Sachen, bezüglich deren unter den Beteiligten ein Streit besteht, dessen Entscheidung durch das Gericht erfolgen soll. Vielmehr handelt es sich auch da um Ausübung der „streitigen Gerichtsbarkeit", wo eine Partei zur zwangsweisen Verwirklichung eines anerkannten und unbestrittenen Rechtes die gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen muss. Es werden deshalb auch die Urteile, welche auf ein gerichtliches Anerkenntnis oder infolge eines Versäumnisses ergehen, sowie die Zahlbefehle und Vollstreckungsbefehle im Mahnverfahren in Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit erlassen.[1]) Aber um die zwangsweise Verwirklichung derartiger Ansprüche handelt es sich bei dem durch die Konkursordnung vorgesehenen Verfahren nicht. Vielmehr hat dasselbe bloss den Zweck, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners flüssig zu machen und unter die Konkursgläubiger zu verteilen, deren Forderungen im Verfahren selbst allseitig anerkannt, oder ausserhalb desselben durch Urteil festgestellt werden. Weder dieses Liquidations- und Verteilungsverfahren, noch das mit demselben verbundene Feststellungsverfahren, in welchem dem Gericht lediglich eine beurkundende Thätigkeit zukommt, kann an sich als Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit bezeichnet werden.[2]) Es kommt jedoch nicht darauf an, ob das Konkursverfahren an sich unter den Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit fällt, denn im Sinne der Reichsjustizgesetze, welche sich nur mit der streitigen Rechtspflege befassen, dagegen die Regelung der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Landesgesetzgebung überlassen haben, fallen alle Materien, welche durch das Gerichtsverfassungsgesetz, die Civilprozessordnung, die Strafprozessordnung und die Konkursordnung geregelt worden sind, unter den Begriff der „streitigen Gerichtsbarkeit". Die Konkursordnung gehört ebenso wie die Civilprozessordnung und die Strafprozessordnung zu den „Prozessordnungen", auf welche im Gerichtsverfassungsgesetze (§§ 24 und 161) Bezug genommen worden ist. Dies war in den frühern Entwürfen zum Gerichtsverfassungsgesetze ausdrücklich gesagt. Man hielt es dann aber für genügend, dies in den Motiven zum Gerichtsverfassungsgesetze (S. 215) auszusprechen. Auch bestand bei den Beratungen über das Gerichtsverfassungsgesetz Übereinstimmung darüber, dass dieses Gesetz auf das Konkursverfahren Anwendung finden müsse (Prot. S. 71). Es kommt hiernach bei dem Konkursverfahren ebensowenig wie bei den in der C.-P.-O. geregelten Materien (z. B. dem Entmündigungsverfahren und Aufgebotsverfahren) darauf an, ob dasselbe an sich unter den Begriff der streitigen Gerichtsbarkeit fällt; das Konkursverfahren ist vielmehr Ausübung der streitigen Gerichtsbarkeit im Sinne des § 2 des E.-G. zum Gerichtsverfassungsgesetze und auf Grund dieser Bestimmung finden die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes im Konkursverfahren unmittelbare Anwendung, soweit es die besondern Verhältnisse gestatten. Auch aus § 204 des Gerichtsverfassungsgesetzes lässt sich übrigens unmittelbar die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf

[1]) Vgl. Wetzell § 43; Renaud §§ 2 und 22; Arndts Pandekten § 96; Hauser in der Zeitschr. für Reichs- und Landesrecht Bd. IV. S. 48 ff. bes. S. 53; Uebel in Buschs Zeitschr. Bd. I. S. 373. 374; Schultze, Konkursrecht S. 136 ff. bes. S. 144; Drechsler im Arch. für civ. Pr. Bd. 62 S. 405 ff. bes. S. 407, 416, 418 und 419; Petersen in Puchelts Zeitschr. Bd. XII. S. 386 ff.

[2]) Vgl. auch Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 283 Nr. III. und Anm. 12; Eccius Bd. I. S. 790 § 115 Anm. 6 a. E.; Wach, Handbuch Bd. I. S. 49 § 6 Anm. 11; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 6 und 7. A. M. ist Schultze, Konkursrecht S. 135 ff.

das Konkursverfahren ableiten.[1]) Von den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes haben insbesondere diejenigen auf das Konkursverfahren Anwendung zu finden, welche sich auf die Rechtshilfe (§§ 157—169), die Sitzungspolizei (§§ 177—185), die Gerichtssprache (§§ 186—193) und auf die Gerichtsferien beziehen. (Vgl. hierzu Vorbem. 2 zu §§ 64 ff.) Die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Öffentlichkeit des Verfahrens finden im Konkursverfahren deshalb keine Anwendung, weil diese Öffentlichkeit nur für die Verhandlungen vor dem erkennenden d. h. zur Urteilsfällung berufenen Gerichte vorgeschrieben und das Konkursgericht, das Urteile niemals zu erlassen hat (Bem. 1 u. 2 zu § 65 u. Bem. 1 zu § 66), als ein erkennendes Gericht in dem erwähnten Sinne nicht anzusehen ist. Daraus, dass die Öffentlichkeit des Verfahrens nicht vorgeschrieben ist, folgt übrigens keineswegs, dass zu den Verhandlungen unbeteiligte Personen nicht zugelassen werden dürfen; denn auch die Heimlichkeit des Verfahrens ist nicht vorgeschrieben. Der Konkursrichter braucht zwar solche Personen nicht zuzulassen. Aber er begeht auch keine Gesetzesverletzung, wenn er dieselben zulässt, und braucht dem Antrag auf Ausschliessung unbeteiligter Personen nicht zu willfahren.[2]) Gegen seinen einen solchen Antrag zurückweisenden Beschluss ist zwar (nach § 66) Beschwerde zulässig. Aber diese wird nicht zum Ziel führen, weil sie in der Regel nicht rechtzeitig erledigt werden kann.

§ 66.

Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Die Zustellung geschieht von Amts wegen.

Gegen die Entscheidungen im Konkursverfahren findet, soweit dieses Gesetz nicht ein anderes bestimmt, die sofortige Beschwerde statt.

(E. § 66; M. S. 298, 299; K. S. 59, 60, 68, 69.)

I. Grundlagen der Entscheidungen. (Abs. 1.)

Die im Konkursverfahren ergehenden Entscheidungen betreffen regelmässig nur Zwischenpunkte, welche während desselben auftauchen. Entweder handelt es sich dabei um die Entscheidung von Streitigkeiten, welche sich im Laufe des Verfahrens z. B. über die Stimmberechtigung einzelner Gläubiger ergeben, oder um Einwendungen gegen die Verteilung und dergl., oder es sind über andere Punkte von Amts wegen oder auf Antrag Verfügungen zu treffen. Hierher gehört z. B. die Verhängung von Ordnungsstrafen gegen den Verwalter, die Anordnung von Sicherheitsmassregeln, die Verhaftung des Gemeinschuldners, der Erlass eines Veräusserungsverbotes u. s. w. Selbst wenn die Wirkungen einer Entscheidung sich auf das ganze Konkursverfahren erstrecken, was z. B. bei Beschlüssen über Eröffnung, Einstellung und Aufhebung des Verfahrens und bei der Genehmigung eines Zwangsvergleichs der Fall ist, so werden damit nicht die den Gegenstand des Verfahrens

[1]) Vgl. Fitting S. 5 § 2 Nr. I.; v. Planck, Lehrbuch Bd. I. S. 26; Stieglitz S. 415; v. Völderndorff Bd. II. S. 19; Willenbücher S. 129; v. Wilmowski, Einleit. § 4 S. 14 und S. 271; ferner: Keller, Gerichtsverfassungsgesetz S. 239, 240; Struckmann-Koch S. 1112; v. Wilmowski und Levy, Einleit. zum G.-V.-G. (V. Aufl.) S. 1130.

[2]) Vgl. Kleinfeller, Reichsgesetz betr. die unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen S. 17 (Gesetzgebung des Deutschen Reichs mit Erläuterungen Teil III. Bd. V. S. 127); König S. 44. A. M. Fitting S. 268 § 31 Anm. 25; Meisner S. 264; v. Sarwey S. 566; v. Völderndorff Bd. II. S. 120; Willenbücher S. 143 Nr. 1 zu § 86.

bildenden Ansprüche erledigt. Die getroffenen Entscheidungen haben immer nur die Bedeutung von prozessleitenden Verfügungen und sind niemals Urteile. (Bem. 1 u. 2 zu § 65.) Für eine mündliche Verhandlung im Sinne der C.-P.-O. (§ 119) d. h. für eine solche Verhandlung vor dem erkennenden, zur Urteilsfällung berufenen Gerichte ist deshalb im Konkursverfahren kein Raum. Es kann vielmehr nur von einer Verhandlung im weitern Sinne des Wortes gesprochen werden, welche vielfach vorkommt. (Vgl. insbes. die §§ 78, 87, 88, 150, 170 und 189; ferner M. S. 298.) Sofern eine derartige mündliche Verhandlung stattfindet, dürfen sich allerdings nur die erschienenen Gläubiger bezw. die erschienenen Vertreter derselben an der Abstimmung beteiligen. Das Gericht darf aber, weil im Konkursverfahren weder der Grundsatz der Mündlichkeit noch der Grundsatz der Unmittelbarkeit[1]) im Sinne der C.-P.-O. gilt, bei seiner Entscheidung auch schriftliche Mitteilungen und Äusserungen Abwesender berücksichtigen, ist sonach nicht auf den Entscheidungsstoff beschränkt, der in der Versammlung selbst unmittelbar wahrgenommen und mündlich vorgetragen wurde. Da sich das Konkursgericht auch von Amts wegen Aufklärung zu verschaffen hat (vergl. § 67), darf dasselbe jedenfalls von Amts wegen den Inhalt von Schriftstücken zum Gegenstande der Verhandlungen machen. Das Gericht kann übrigens, soweit es dies für geeignet hält, jederzeit eine mündliche Verhandlung stattfinden lassen. (M. a. a. O.) Für gewisse Fälle hat das Gesetz auch vorgeschrieben, dass einzelne Beteiligte vor der Entscheidung zu hören sind. (Vgl. die §§ 76, 87, 97, 105, 170, 189, 194, 199, 205.) Die Vorschrift, dass Beteiligte zu hören sind, hat übrigens hier ebensowenig wie nach der C.-P.-O. die Bedeutung, dass eine mündliche Verhandlung stattfinden muss. Vielmehr kann den Beteiligten auch Gelegenheit gegeben werden, sich ausserhalb einer solchen Verhandlung schriftlich oder mündlich zu erklären.[2])

II. Zustellungen. (Abs. 2.)

1) Durch Abs. 2 der von der Reichstagskommission beigefügt wurde, ist die Zustellung der gerichtlichen Entscheidungen anders, als es nach der C.-P.-O. der Fall wäre, geregelt. Während ohne diese Bestimmung, wie Hagens hervorhob, § 294 Abs. 2 und 3 der C.-P.-O. auch im Konkursverfahren gelten würde und nur der auf § 288 verweisende Abs. 2 dieses § nicht zur Anwendung käme, weil „Parteien" im Sinne der C.-P.-O. im Konkursverfahren nicht vorkommen, bestimmt Abs. 2 des § 66 ausdrücklich, dass alle Zustellungen im Konkursverfahren von Amts wegen zu erfolgen haben, und beseitigt zugleich die Vorschrift des § 294 der C.-P.-O., nach welcher verkündete Beschlüsse überhaupt nicht zuzustellen sind. In der Reichstagskommission beantragte von Vahl zunächst, den Abs. 1 des § dahin zu fassen: „Die Entscheidungen im Konkursverfahren können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen; sie sind den Beteiligten zuzustellen", und veränderte die Fassung bloss deshalb, weil er die Frage, wem zuzustellen sei, nicht berühren wollte. Zugunsten dieses Antrages bemerkte zunächst Hagens: „Es liege im Interesse des gesamten Konkursverfahrens, dass auch die verkündeten Entscheidungen und Verfügungen von Amts wegen zugestellt würden". Sodann erklärte der Antragsteller selbst: „Er wolle überall von Amts wegen die Zustellung erfolgen lassen. Wer die Beteiligten seien, würde in einzelnen Fällen festgestellt werden müssen". (K. S. 59, 60.) Hiernach muss angenommen werden, dass auch in denjenigen Fällen die Entscheidungen des Konkursgerichtes zuzustellen sind, in welchen denselben eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist, und dass im Konkursverfahren im allgemeinen die Verkündung durch die Zustellung ersetzt wird. Diese Annahme ist umsomehr geboten, als

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 272 Nr. 2. A. M. Stieglitz S. 418 und Wengler S. 422, welcher entsprechende Anwendung von § 280 der C.-P.-O. verlangt.

[2]) Vgl. Fitting S. 238 § 26 Anm. 11; Hullmann S. 222; Meisner S. 248; v. Sarwey S. 540, 541; Stieglitz S. 418; v. Völderndorff Bd. II. S. 24, 25 Anm. 18; Wengler S. 422; Willenbücher S. 129; v. Wilmowski S. 273.

sonst der Antrag von Vahl gar keine praktische Bedeutung haben, sondern sich nach Annahme desselben das nämliche Ergebnis herausstellen würde, das Hagens als das System des Entwurfes bezw. als die Folge der Anwendung der C.-P.-O. bezeichnet hat. [1]) Durch die Verkündung wird hiernach die Zustellung nicht überflüssig. Andererseits ist eine Verkündung der Entscheidung selbst in denjenigen Fällen, in welchen eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, nicht erforderlich, sofern das Gesetz dieselbe nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat. (§§ 169—171.)[2]) Die Zustellung erfolgt an die Beteiligten. Wer als Beteiligter anzusehen ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab.

2) Die Bestimmung des Abs. 2 ist übrigens nicht so aufzufassen, dass neben der öffentlichen Bekanntmachung, welche nach § 68 als Zustellung an alle Beteiligten gilt, noch eine besondere Zustellung erfolgen müsste; vielmehr ist eine solche nur dann erforderlich, wenn das Gesetz sie ausdrücklich vorschreibt. (§§ 103, 166.) Ebenso muss im Falle der §§ 171 und 174 die Verkündung des Beschlusses genügen. (Vgl. Bem. zu diesem §.) Bei der Genehmigung des Antrages auf Berichtigung des Verzeichnisses der bei der Verteilung zu berücksichtigenden Forderungen (§ 146) wird die Zustellung durch Hinterlegung der Entscheidung auf der Gerichtsschreiberei ersetzt. [3]) Zu der Annahme, dass auch in diesen Fällen eine besondere Zustellung notwendig sei, nötigt weder der Wortlaut des Abs. 2 noch die Entstehungsgeschichte desselben. [4]) Wenn es sich um eine Mitteilung handelt, welche für die Gläubigerversammlung als solche bestimmt ist (vgl. z. B. die §§ 72, 76, 91), so muss zwar immer eine Zustellung an den Konkursverwalter erfolgen, weil dieser als „Beteiligter" anzusehen ist. Diese Zustellung kann aber nicht genügen, weil der Verwalter nicht Zustellungsbevollmächtigter der Gläubigerversammlung, ja nicht einmal Vorsitzender derselben ist. (Vgl. § 86.) Das Gericht hat vielmehr, da die Civilprozessordnung und die Konkursordnung eine besondere Form für die Zustellung an Versammlungen nicht vorsehen, sondern bloss eine Zustellung an einzelne Personen kennen, die Zustellung an sämtliche Gläubiger — nicht bloss die in der Versammlung Anwesenden oder Vertretenen — zu bewirken. Diese Zustellung kann aber in entsprechender Anwendung des § 85 durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. [5]) Mit dieser mag noch eine besondere Zustellung an den Gemeinschuldner und an den Beschwerdeführer verbunden werden.

III. Beschwerde. (Abs. 3.)

1) Da es im Konkursverfahren kein eigentliches Urteil, sondern nur einfache Beschlüsse giebt, auf welche § 284 der C.-P.-O. nicht Anwendung findet, konnte als Rechtsmittel gegen die ergehenden Entscheidungen nur die Beschwerde in Betracht kommen. Regelmässig findet aber nicht die einfache, sondern die „sofortige Beschwerde" (§ 540 C.-P.-O.) statt, weil die

[1]) Vgl. Fitting S. 239 § 26 Nr. 6; Hullmann S. 222; Stieglitz S. 419; v. Völderndorff Bd. II. S. 26; Wengler S. 423; Willenbücher S. 130 Nr. 3; v. Wilmowski S. 273. A. M. König S. 44; Meves S. 92 Nr. 3 und v. Sarwey S. 541 Nr. 3.

[2]) Vgl. Fitting S. 239 § 26 Nr. 6; Hullmann S. 222; Stieglitz S. 418; v. Völderndorff Bd. II. S. 25 Anm. 20; Willenbücher S. 130 Nr. 3.

[3]) Vgl. Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 88; v. Wilmowski S. 273. v. Völderndorff erklärt (Bd. II. S. 27 Nr. II.) die Zustellung auch dann für überflüssig, wenn ein neuer Zwangsvergleichstermin anberaumt wird. (§ 169 Abs. 2.)

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 541 Nr. 3; Stieglitz S. 419; v. Wilmowski S. 273. A. M. sind Hullmann S. 222 und Wengler S. 423, welche eine besondere Zustellung auch dann für nötig halten, wenn die Entscheidung zugleich öffentlich bekannt zu machen ist, sofern es sich hierbei um eine Zustellung an die Gläubigerversammlung z. B. um die Fälle der §§ 72, 76, 91 handelt, die Zustellung aber in der Form der öffentlichen Bekanntmachung erfolgen lassen wollen.

[5]) Vgl. Wengler S. 423; Willenbücher S. 130 Nr. 4; v. Wilmowski S. 274 Nr. 3; Ldg. Zwickau 10. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 670. A. M. v. Sarwey S. 452 Nr. 3; Stieglitz S. 419 Anm. e. und Text hiezu.

Entscheidungen „auf die Rechte Dritter einwirken, daher einer Rechtskraft fähig und einer Notfrist bedürftig sind.“ (M. S. 298.) Bezüglich dieses Rechtsmittels kommen im allgemeinen die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 530—540) zur Anwendung. Insbesondere gilt die Vorschrift des § 540, nach welcher die Frist, innerhalb deren die „sofortige Beschwerde“ eingelegt werden muss, am Tage der Zustellung der Entscheidung zu laufen beginnt. Nur in den Fällen, welche durch die §§ 146 und 147 geregelt werden, beginnt die Notfrist ihren Lauf mit der Niederlegung bezw. Verkündung des Beschlusses.

2) Die Konkursordnung entzieht in einzelnen Ausnahmefällen die Entscheidung jeder Anfechtung, nämlich die Entscheidung über Stimmberechtigung (§§ 87, 88), diejenige über Aufhebung des Konkursverfahrens auf Grund einer Schlussverteilung (§ 151) oder eines rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleichs (§ 175), endlich die von dem Beschwerdegerichte über Bestätigung eines Zwangsvergleichs erlassene Entscheidung (§ 174 Abs. 3). Auch in solchen Fällen, in denen das Gericht zwar von Amts wegen eine Entscheidung nicht treffen musste, es vielmehr in dessen Ermessen gestellt ist, ob es eine bestimmte Anordnung von Amts wegen treffen will, findet Beschwerde statt, wenn einem Beteiligten das Recht zusteht, den Erlass der Anordnung zu beantragen und eine Entscheidung darüber zu verlangen, der Antrag aber zurückgewiesen wurde. Dagegen steht ein Beschwerderecht demjenigen nicht zu, der ein Recht auf Erlass der in Frage stehenden Anordnung nicht hatte, aber das Gericht auf Thatsachen aufmerksam machte, welche geeignet seien, die Anordnung zu rechtfertigen. In einem solchen Falle brauchte das Gericht sich überhaupt nicht darüber auszusprechen, warum es der Anregung eine Folge nicht gebe. Hat es dies doch gethan, so ist die Mitteilung der Gründe, aus welchen die in Frage stehende Anordnung unterlassen wurde, nicht als eine Entscheidung im Sinne des § 66 anzusehen.[1]) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass ein förmlicher Antrag gestellt und vom Gerichte zurückgewiesen wurde.

3) Neben der sofortigen Beschwerde hat die Konkursordnung nirgends die gewöhnliche oder einfache Beschwerde (§ 530 der C.-P.-O.) zugelassen. Doch kann auch dieses Rechtsmittel in einem durch das Konkursverfahren veranlassten und mit demselben zusammenhängenden Verfahren zur Anwendung kommen, wenn dieses Verfahren unmittelbar durch die C.-P.-O. geregelt wird und die Voraussetzungen des § 530 vorliegen oder durch eine andere Vorschrift ausdrücklich die einfache Beschwerde zugelassen bezw. auf § 530 der C.-P.-O. verwiesen wird. Allerdings spricht § 66 nicht ausdrücklich von solchen Entscheidungen, welche auf Grund der Konkursordnung ergehen, sondern lässt gegen alle „Entscheidungen im Konkursverfahren“ die sofortige Beschwerde zu. Aber unter dem Konkursverfahren ist hier nur dasjenige Verfahren zu verstehen, das durch die Konkursordnung unmittelbar geregelt ist. Die Vorschrift des § kann deshalb nur auf solche Entscheidungen bezogen werden, welche in diesem Verfahren und demnach auf Grund der Konkursordnung erlassen worden sind. In diesem Sinne wurde auch in den Motiven (S. 299) bemerkt, die gewöhnliche Beschwerde finde dann statt, wenn eine Incidententscheidung unter Anwendung der Vorschriften der C.-P.-O. erlassen worden und nach der letztern durch Beschwerde anzufechten sei.[2]) Damit einfache — nicht sofortige — Beschwerde stattfinde, genügt es natürlich nicht, dass auf Grund des § 65 Vorschriften der C.-P.-O zur Anwendung gelangt sind. Nur dann ist die Anwendung des § 66 ausgeschlossen, wenn die zu entscheidende Frage nicht dem Konkursverfahren eigentümlich ist und die Entscheidung gar nicht auf Grund der Konkursordnung sondern auf Grund eines andern Gesetzes, insbesondere der C.-P.-O. oder eines Nebengesetzes derselben getroffen worden ist. Die einfache Beschwerde

[1]) Vgl. Fitting S. 239, 240 § 26 Anm. 16 und S. 286 § 35 Anm. 23; ferner: v. Völderndorff Bd. II. S. 27 Anm. 28. A. M. v. Wilmowski S. 274 Nr. 4.

[2]) Vgl. Fitting S. 240 § 26 Anm. 17; Meisner S. 249 Anm. 14; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 49; v. Sarwey S. 543; Stieglitz S. 421; v. Völderndorff Bd. II. S. 31; Wengler S. 425; Willenbücher S. 131; v. Wilmowski S. 274 Nr. 4.

ist hiernach insbesondere zulässig gegen Entscheidungen, welche auf Grund der C.-P.-O. (§§ 345, 355, 374) gegen Zeugen und Sachverständige ergangen sind oder auf Grund des Gerichtsverfassungsgesetzes (§§ 159, 160, 183) wegen verweigerter Rechtshilfe oder Ungebühr getroffen wurden. Auch die Festsetzung von Gebühren der Zeugen und Sachverständigen kann durch einfache Beschwerde angefochten werden, obgleich die Vernehmung des Zeugen oder Sachverständigen durch das Konkursverfahren veranlasst wurde. Die Festsetzung der Gebühr erfolgt nicht auf Grund der Konkursordnung sondern auf Grund der Gebührenordnung und es kann bezüglich der Anfechtbarkeit derselben der Umstand keinen Unterschied bewirken, dass die Vernehmung nicht in einem Rechtsstreite sondern im Konkursverfahren stattgefunden hat. (Vgl. §§ 17 der Geb.-O. für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878.[1]) Dasselbe muss gelten, soweit die Festsetzung der Gerichtskosten oder die Berechnung der Gebühren eines Gerichtsvollziehers angefochten werden kann. Auch hier findet nicht sofortige Beschwerde nach § 66 der Konkursordnung statt sondern ist § 4 des Gerichtskostengesetzes bezw. § 22 der Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher massgebend.

4) Die „sofortige Beschwerde" steht demjenigen zu, dessen Interesse durch die Entscheidung verletzt ist. Handelt es sich um ein gemeinschaftliches Interesse der Konkursgläubiger, so kann dieselbe von dem Organ beschlossen werden, welchem die Wahrung dieses Interesses anvertraut ist. Wird die Ernennung des von der Gläubigerversammlung ernannten Verwalters verweigert (§ 72), oder die Vollziehung eines von dieser Versammlung gefassten Beschlusses untersagt (§ 91), so kann hiernach die Gläubigerversammlung beschliessen, dass Beschwerde erhoben werde. Die Beschwerde muss aber, da die Gläubigerversammlung nicht parteifähig ist, von einzelnen Gläubigern eingereicht werden. (Vgl. §§ 85 ff. Bem. I. 1.) War der Antrag auf Entlassung des Verwalters (§ 76) vom Gläubigerausschuss gestellt, so kann dieser gegen den ablehnenden Beschluss Beschwerde einlegen. Wenn es sich um einen Beschluss der Gläubiger handelt, muss übrigens, da jeder einzelne Gläubiger, der bei dem in Frage stehenden Beschlusse mitgewirkt hat, als verletzt erscheint, auch den einzelnen Gläubigern das Recht der Beschwerde eingeräumt werden. (Bem. I. zu §§ 85 ff.)[2]) Der Gemeinschuldner ist nur insoweit zur Beschwerde berechtigt, als nicht die dem Konkursverwalter nach § 5 eingeräumte Vertretungsbefugnis (Bem. II. 1 zu § 5 bes. S. 32) reicht.[3])

5) Nach § 540 Abs. 3 der C.-P.-O. ist das Gericht zu einer Abänderung seiner durch sofortige Beschwerde angegriffenen Entscheidung nicht befugt. Diese Bestimmung muss auch im Konkursverfahren befolgt werden. Die Vorschriften der C.-P.-O. finden allerdings nach § 65 im Konkursverfahren nur „entsprechende" Anwendung. Auch wurde die „sofortige Beschwerde" offenbar deshalb als das im Konkursverfahren anzuwendende Rechtsmittel gewählt, weil möglichst bald feststehen soll, ob eine Entscheidung in Kraft bleibt oder nicht. Aber gerade deshalb muss auch diejenige mit der Natur der sofortigen Beschwerde zusammenhängende Wirkung derselben im Konkursverfahren eintreten, nach welcher die Abänderung der Entscheidung durch das Konkursgericht ausgeschlossen ist. Die sofortige Beschwerde ist so, wie die C.-P.-O. dieselbe geregelt hat, als das im Konkursverfahren zulässige Rechtsmittel bezeichnet worden. Dazu gehört aber die Unabänderlichkeit der durch die sofortige Beschwerde angreifbaren Verfügung durch das Gericht, welches dieselbe erlassen hat. Zu einer Unterscheidung zwischen materiellen und rein formalen prozessleitenden Entscheidungen giebt das Gesetz keinen Anhaltspunkt. Soweit eine sofortige Beschwerde zulässig ist, darf daher die Entscheidung

[1]) Vgl. Ldg. Zwickau 13. April 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 191.

[2]) Vgl. Fitting S. 241 § 26 Nr. 7; Stieglitz S. 419; v. Völderndorff Bd. II. S. 110 Bem. a· zu § 85 a. E.; v. Wilmowski S. 274 Nr. 5. A. M. sind Hullmann S. 223 und Wengler S. 424.

[3]) Vgl. Pütter in Gruchots Beiträgen Bd. 27 S. 324 ff. bes. S. 333, 334; v. Wilmowski S. 274 Nr. 5.

von dem Gerichte nicht abgeändert werden.[1]) Als Entscheidungen, welche durch sofortige Beschwerde angefochten werden können, werden aber einfache Terminsbestimmungen, welche lediglich in das Ermessen des Konkursgerichtes gestellt sind, nicht anzusehen sein. Die Vorschrift des § 540 Abs. 3 findet übrigens nicht erst von dem Augenblick ab Anwendung, in welchem die sofortige Beschwerde eingelegt worden ist. Vielmehr ist bei den durch sofortige Beschwerde anfechtbaren Beschlüssen die Abänderung durch das Gericht, welches dieselbe erlassen hat, überhaupt ausgeschlossen.[2])

§ 67.

Das Konkursgericht kann zur Aufklärung aller das Verfahren betreffenden Verhältnisse die erforderlichen Ermittelungen, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen anordnen.

(E. § 67; M. S. 299, 300; K. S. 60; pr. K.-O. § 132 Abs. 6.)

1) Alle Beteiligten, zumal der Konkursverwalter, können in die Lage kommen, über die thatsächlichen Verhältnisse, welche in Ansehung der Konkursmasse bestehen, einer zuverlässigen Auskunft zu bedürfen, die aus den Mitteilungen des Gemeinschuldners und aus Privaterkundigungen nicht immer zu entnehmen ist. Ein solches Bedürfnis kann besonders bestehen, soweit es sich um das Verhalten gegenüber schwebenden Rechtsgeschäften, sowie geltend gemachten Aus- und Absonderungsansprüchen oder um die Ausübung des Anfechtungsrechtes, die Zulassung von streitigen oder nicht geprüften Konkursforderungen zur Abstimmung, die Verwertung von Massegegenständen handelt oder die Voraussetzungen eines Zwangsvergleiches zu prüfen sind. Deshalb legt § 67 dem Konkursgerichte die Befugnis bei, die ihm erforderlich erscheinenden Ermittelungen von Amts wegen anzuordnen. Zu den das Konkursverfahren betreffenden Verhältnissen gehören auch materielle Rechtsverhältnisse.[3]) Wegen der Frage, ob Ermittelungen auch bezüglich der Einrede des Schuldners angeordnet werden dürfen, der den Eröffnungsantrag stellende Gläubiger habe sich verpflichtet, die Eröffnung nicht zu beantragen, ist Bem. III. zu §§ 95 ff. zu vergleichen.

2) Da es in dem Konkursverfahren keine Parteien giebt, folglich für die Verhandlungsform und das Dispositionsprinzip kein Raum ist (Bem. 1 zu § 66 S. 312), musste das Gericht in die Lage gesetzt werden, sich die thatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidungen selbst zu beschaffen. Es gilt hiernach ebenso wie für das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren die Untersuchungsform und das sogen. „Offizialprinzip“. Die Bestimmung über den Umfang der Ermittelungen und die Auswahl und Herbeischaffung der anzuwendenden Mittel steht ausschliesslich dem Gerichte zu. Doch ist auch zulässig, dass vonseite der Beteiligten, insbesondere vom Gemeinschuldner, Verwalter, dem Gläubigerausschuss, der Gläubigerversammlung oder einem einzelnen Gläubiger bestimmte Ermittelungen beantragt werden. Sowohl gegen eine derartige Anordnung als gegen die Ablehnung eines Antrags steht nach § 66 sofortige Beschwerde zu. In beiden Fällen liegt eine im Konkursverfahren ergangene Entscheidung vor.

[1]) Vgl. Willenbücher S. 131 Nr. 7a. A. M. v. Wilmowski S. 272.

[2]) Vgl. Altvater im Arch. für civ. Pr. Bd. 64 S. 468 ff.; Petersen C.-P.-O. S. 778; Struckmann-Koch S. 604 Nr. 5; v. Wilmowski und Levy (V. Aufl.) S. 722; Endemann Bd. II. S. 501; v. Sarwey Bd. I. S. 720; v. Bülow S. 407; Reincke S. 497. A. M. Wach, Vorträge S. 97; Seuffert S. 629; Gaupp Bd. II. S. 603; Förster Bd. II. S. 188 Nr. 3; Hellmann, Lehrbuch § 117 S. 770.

[3]) A. M. Seestern-Pauly in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 518.

3) Die Vernehmung der Zeugen und Sachverständigen hat in Gemässheit der C.-P.-O. zu erfolgen, deren Bestimmungen (§§ 349 ff. und 369 ff.) in jeder Beziehung massgebend sind. Um Vornahme der Vernehmung sowie sonstiger Ermittelungen kann das Konkursgericht jede zuständige Behörde ersuchen. (M. S. 300.) Die Zeugen und Sachverständigen müssen, soweit eine förmliche Beweisaufnahme beabsichtigt ist, nach Vorschrift der C.-P.-O. beeidigt werden. Ein Verzicht auf die Beeidigung (§ 356 Abs. 2 C.-P.-O.) kann hier nicht in wirksamer Weise erfolgen, weil es Parteien nicht giebt und das Offizialprinzip gilt. (Vgl. § 577 Abs. 1 der C.-P.-O.)[1] Anders liegt die Sache, wenn lediglich Erkundigungen eingezogen werden sollen. In diesem Falle bedarf es ebensowenig einer Beeidigung der Auskunftspersonen wie eines Protokolls. Die um Auskunft angegangenen Personen können aber in diesem Falle auch die Auskunft verweigern, weil die §§ 345 und 372 nur dann Anwendung finden, wenn eine Person als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden soll. Auch die Vorlage von Handelsbüchern kann vom Konkursgerichte angeordnet werden, soweit diese Anordnung nach den Vorschriften des H.-G.-B. und der C.-P.-O. gestattet ist. Bezüglich der Voraussetzungen, welche hierbei in Betracht kommen, sind die Bemerkungen zu §§ 133 ff. C.-P.-O. und zu § 13 des Einführungsgesetzes zu derselben im Kommentar von Petersen zu vergleichen.

§ 68.

Die öffentlichen Bekanntmachungen erfolgen durch mindestens einmalige Einrückung in das zur Veröffentlichung amtlicher Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt; die Einrückung kann auszugsweise geschehen. Die Bekanntmachung gilt als bewirkt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Ausgabe des die Einrückung oder die erste Einrückung enthaltenden Blattes.

Das Gericht kann weitere Bekanntmachungen anordnen.

Die öffentliche Bekanntmachung gilt als Zustellung an alle Beteiligten, auch wenn dieses Gesetz neben ihr eine besondere Zustellung vorschreibt.

§ 69.

Wenn neben der öffentlichen Bekanntmachung eine besondere Zustellung vorgeschrieben ist, so kann dieselbe durch Aufgabe zur Post bewirkt werden. Einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks bedarf es nicht.

Die dem Verwalter obliegenden Mitteilungen können unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

(E. §§ 68, 69; M. S 300, 301; K. S. 60—62; pr. K.-.O. §§ 123, 148, 168, 183, 204.)

[1]) Vgl. auch v. Wilmowski S. 275 Nr. 1. A. M. sind: v. Sarwey S. 544, v. Völderndorff Bd. II. S. 32 und Wengler S. 426, welche annehmen, es hänge vom Ermessen des Gerichtes ab, ob eine Beeidigung vorzunehmen sei.

1) Auf das Zustellungs- und Ladungswesen im Konkursverfahren sollen im allgemeinen die Vorschriften der C.-P.-O. Anwendung finden. (M. S. 300.) Da die aktenmässige Nachweisung der Ladung jedes einzelnen Beteiligten zu grosse Schwierigkeiten verursachen würde, wurde jedoch in vielen Fällen die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung vorgeschrieben. (V. §§ 73, 85, 103, 105, 139, 151, 166, 175, 184, 189, 191.) Bezüglich dieser öffentlichen Bekanntmachung sind nicht die Vorschriften der §§ 186—189 der C.-P.-O. sondern nur die des § 68 massgebend. Es ist weder ein Anheften an die Gerichtstafeln, noch die zweimalige Einrückung in das zur Bekanntmachung bestimmte Blatt vorgeschrieben. Nur in einzelnen Fällen wird die Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger verlangt. (§§ 103, 105, 151, 175, 184, 189.) Die weitern Bekanntmachungen welche das Gericht nach Abs. 2 anordnen kann, können in einer nochmaligen Veröffentlichung in derselben oder in einer andern Zeitung, aber auch in einem Anheften an der Gerichtstafel, an der Börse u. s. w. bestehen.

Dass die Einrückung auszugsweise geschehen kann, wurde von der Reichstagskommission mit Rücksicht auf die Kostenersparung beschlossen. (K. S. 60.) Welche Punkte der Auszug zu enthalten hat, ist vom Konkursrichter zu bestimmen. Die Bekanntmachung gilt nach § 68 Abs. 1 erst dann als bewirkt, wenn der zweite Tag nach der Ausgabe des Blattes an dessen Erscheinungsort abgelaufen ist. Handelt es sich um eine Frist, welche von der Bekanntmachung an läuft, so beginnt dieselbe sonach erst an diesem Tage oder am darauffolgenden Tage zu laufen. Bei der Berechnung ist der Tag, an welchem das Blatt wirklich ausgegeben wird, auch dann entscheidend, wenn die an diesem Tage ausgegebene Zeitung vordatiert wird, also das Datum des folgenden Tages trägt. Der Tag der Ausgabe, nicht das Datum des Blattes ist nach dem Gesetze entscheidend.[1]) Unter Ausgabe ist die allgemeine Ausgabe an demjenigen Orte zu verstehen, an welchem das Blatt erscheint, nicht die jeweilige Ausgabe an den verschiedenen Orten, an welchen das Blatt verbreitet wird, aber auch nicht die Aufgabe zur Post, welche bezüglich der durch diese zu befördernden einzelnen Blätter am Vorabend des Ausgabetages erfolgt.[2]) Dass einer der zwei Tage, welche auf den Ausgabetag folgen, ein Sonn- oder Feiertag ist, ändert an der Anwendung der Vorschrift nichts.

Besondere Ladungen und Benachrichtigungen werden durch die Konkursordnung nicht ausgeschlossen, in einzelnen Fällen vielmehr ausdrücklich vorgeschrieben. Wo sie neben einer öffentlichen Bekanntmachung vorgeschrieben sind, soll aber nur von der letztern die Gültigkeit der Verhandlungen abhängen. (M. S. 300.) Wenn die besonders vorgeschriebene Zustellung unterblieben ist, hat dies also keine nachteiligen Folgen. Vielmehr genügt die öffentliche Bekanntmachung. Ist eine besondere Ladung oder Benachrichtigung erfolgt, so läuft hiernach die Beschwerdefrist, auch wenn die öffentliche Bekanntmachung erst an einem spätern Tage erfolgte, vom Tage der Bekanntmachung, nicht vom Tage der Zustellung an.[3]) Das Gesetz legt der Bekanntmachung und nur dieser die Wirkungen der förmlichen Zustellung bei. Der Zusatz „auch wenn u. s. w.“ lässt erkennen, dass dieser besondern Zustellung nicht die sonstige formale Bedeutung eines Zustellungsaktes zukommt, dass sie vielmehr nur den Zweck hat, die Beteiligten noch auf anderem Wege zu benachrichtigen. Eine wirksame Zustellung liegt hiernach vor, wenn lediglich eine Bekanntmachung erging und die besondere Zustellung unterblieb, nicht aber im umgekehrten Falle.

[1]) Vgl. Fitting S. 236 § 26 Anm. 4; v. Sarwey S. 545; Stieglitz S. 424; Willenbücher S. 133 Nr. 3; v. Wilmowski S. 276. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. II. S. 39; Wengler S. 429.

[2]) Vgl. Fitting S. 236 § 26 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 38; Wengler S. 429; Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.

[3]) Vgl. Hullmann S. 224; Willenbücher S. 133 Nr. 4; v. Wilmowski S. 277; Ldg. Hall 15. April 1885, württemb. Gerichtsbl. Bd. 20 S. 378; O.-L.-G. Dresden 23. April 1885, Ann. Bd. VII. S. 156 ff. A. M. sind: v. Sarwey S. 545; v. Völderndorff Bd. II. S. 43 Anm. 4; Wengler S. 428.

2) Mit Rücksicht auf die Einrichtung der öffentlichen Bekanntmachung wurde es für statthaft gehalten, für die nebenhergehenden besondern Zustellungen es allgemein bei der einfachen und Kosten ersparenden Form der Postaufgabe (§ 175 C.-P.-O.) bewenden zu lassen. Die Aufgabe zur Post (ebendaselbst § 161) genügt auch dann, wenn der Adressat an dem Orte oder in dem Bezirke des Konkursgerichtes seinen Wohnsitz hat. (M. S. 300, 301.) Im einzelnen ist bezüglich der Zustellung durch „Aufgabe zur Post", welche nicht mit der „Zustellung durch die Post" zu verwechseln ist, auf den Kommentar von Petersen zur C.-P.-O. (Bem. 4 und 5 zu §§ 160 ff. und Bem. III. zu §§ 173 ff.) zu verweisen. Die Aufgabe muss, wenn sie wirksam sein soll, durch den Gerichtsvollzieher erfolgen.[1]) Handelt es sich um eine Zustellung, neben welcher eine öffentliche Bekanntmachung nicht erfolgt, so kommt die Vorschrift des § nicht zur Anwendung.[2]) Dass es einer Beglaubigung der Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks nicht bedarf, wurde in der Reichstagskommission beanstandet. Der Antrag auf Streichung der betreffenden Vorschrift wurde aber abgelehnt, nachdem Hagens hervorgehoben hatte, dass auf das zuzustellende Schriftstück die Abschrift der Zustellungsurkunde gesetzt und dadurch bis zur Aufgabe zur Post die amtliche Kontrolle hinlänglich gewahrt sei, und nachdem noch von Hullmann beigefügt worden war: „Ganz ohne Beglaubigung gelange das Schriftstück doch nicht in die Hände des Adressaten, da das Couvert mit dem Gerichtssiegel verschlossen sei". (K. S. 61, 62.)

Dass die Mitteilungen, welche das Gesetz in einzelnen Fällen dem Konkursverwalter auferlegt (§§ 123 Abs. 1, 147 Abs. 2), an eine besondere Form nicht gebunden sind, entspricht, wie in den Motiven (S. 301) hervorgehoben wurde, dem § 463 Abs. 2 C.-P.-O. Auf Mitteilungen, welche dem Verwalter zu machen sind, bezieht sich die Vorschrift nicht. Übrigens kann dieselbe nur dann zur Anwendung kommen, wenn es sich um eine einfache Mitteilung handelt, nicht aber, wenn das Gesetz eine förmliche Ladung oder eine besondere Bekanntmachung vorschreibt. (Vgl. z. B. § 115.)

§ 70.

Der Konkursverwalter wird von dem Gerichte ernannt.

Das Gericht kann demselben die Leistung einer Sicherheit auferlegen.

§ 71.

Wenn die Verwaltung verschiedene Geschäftszweige umfasst, so können mehrere Konkursverwalter ernannt werden. Jeder von ihnen ist in seiner Geschäftsführung selbständig.

§ 72.

In der auf die Ernennung eines Verwalters folgenden Gläubigerversammlung können die Konkursgläubiger statt des Ernannten eine andere Person wählen. Das Gericht kann die Ernennung des Gewählten versagen.

[1]) Vgl. Stieglitz S. 425 Anm. a.; v. Völderndorff Bd. II. S. 42 und 43 Anm. 3. A. M. v. Sarwey S. 548.

[2]) Vgl. Hullmann S. 270; v. Sarwey S. 547; Wengler S. 431.

§ 73.

Der Name des Verwalters ist öffentlich bekannt zu machen. Dem Verwalter ist eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung zu erteilen. Er hat dieselbe bei der Beendigung seines Amtes dem Gerichte zurückzureichen.

(E. §§ 70—73; M. S. 301—305; K. S. 62; pr. K.-O. §§ 128—130, 136.)

I. Ernennung des Konkursverwalters.
(§§ 70 Abs. 1, 71 und 72.)

1) Nach der Konkursordnung ist der Verwalter in allen Fällen vom Gerichte zu ernennen. Durch § 72 wird zwar den Gläubigern Gelegenheit gegeben, gegenüber der von Amts wegen erfolgenden Ernennung durch das Gericht ein „Widerspruchs- und Wahlrecht“ auszuüben. Der Beschluss der Gläubigerversammlung ist jedoch für das Gericht nicht bindend; vielmehr kann dasselbe die Ernennung der gewählten Person versagen. Geschieht dies, so findet nicht eine abermalige Wahl statt, sondern bleibt die frühere Ernennung in Kraft. In der Reichstagskommission vermisste von Sarwey eine Bestimmung für den Fall, dass auch die zweite Wahl nicht bestätigt werde. Von einem besondern Antrage wurde aber abgesehen, nachdem ohne Widerspruch und unter Zustimmung eines Regierungskommissärs bemerkt worden war: „wenn der von der Gläubigerversammlung Gewählte abgelehnt werde, so verbleibe der vom Gerichte ernannte Verwalter in Funktion. Zu einer nochmaligen Wahl sei der Gläubigerversammlung keine Gelegenheit gegeben.“ (K. S. 62.) Dass das Gericht den Willen der Gläubiger nur dann unbeachtet lassen werde, wenn triftige Gründe hiezu vorliegen, wurde in den Motiven (S. 303) als selbstverständlich angenommen. Zudem steht gegen die Versagung der Ernennung das Recht der sofortigen Beschwerde zu. (§ 66.) Von einer Verpflichtung des Gerichtes, die Gründe der Versagung in dem Bescheide anzugeben, wurde Umgang genommen, weil dieselbe weder den Interessen des Gewählten noch den sachlichen Interessen entspreche und das Gericht in der Lage sei, die Beteiligten mündlich und unmittelbar zu hören. (M. S. 303; K. S. 62.)

2) Die Beschwerde ist sowohl gegen die Ernennung als gegen die Versagung der Bestätigung des gewählten Verwalters zulässig. Sie steht sowohl dem Gemeinschuldner als den einzelnen Gläubigern zu, welche ebenso wie der erstere ein Interesse an der Ernennung eines geeigneten Verwalters haben. Ob der Gläubiger, welcher gegen die Versagung der Bestätigung Beschwerde führt, in der Gläubigerversammlung anwesend war und sich bei der Abstimmung beteiligt hat, ist gleichgültig.[1]) Ja selbst dann kann ein Gläubiger in dem letztern Falle Beschwerde einlegen, wenn er nicht für den gewählten Verwalter gestimmt hat. Abgesehen davon, dass dieser dem Beschwerdeführer immer noch lieber sein kann als der vom Gerichte ernannte Verwalter, kann der Beschwerdeführer seine Ansicht geändert haben und hat auch dann das Recht, seiner Auffassung Geltung zu verschaffen. Auch der Umstand, dass der beschwerdeführende Gläubiger zur Zeit kein Stimmrecht hat (§§ 87, 88), schliesst dessen Beschwerderecht nicht aus. Seine Interessen können durch den Beschluss ebenso verletzt sein wie die der übrigen Konkursgläubiger.[2]) Dem gewählten Verwalter steht gegen den seine Ernennung bestätigenden Beschluss eine Beschwerderecht nicht zu, da er nicht verpflichtet ist, die Ernennung anzunehmen, sonach durch dieselbe nicht beschwert wird. (Bem. II. 2.) Auch wird derselbe nicht berechtigt sein, die Ver-

[1]) Vgl. Willenbücher S. 136 Nr. 5; v. Wilmowski S. 281. A. M. sind: Fitting S. 247 § 29 Anm. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 61.

[2]) A. M. v. Sarwey S. 553.

sagung der Bestätigung durch Beschwerde anzufechten, da er an der letzteren wohl ein thatsächliches Interesse haben kann, aber als Beteiligter nicht anzusehen ist. Er steht zur Sache nicht anders wie derjenige, der sich um die gerichtliche Ernennung bemüht hat, aber nicht berücksichtigt wurde.[1]) Dem ursprünglich vom Gerichte ernannten Konkursverwalter steht ein Beschwerderecht in Ansehung der Bestätigung des gewählten Verwalters nicht zu, denn er ist nur unter der Bedingung ernannt worden, dass nicht die Gläubigerversammlung eine andere dem Gerichte genehme Person wähle.[2])

Die Vorschriften der §§ 70 und 72 kommen nicht bloss bei der ersten Ernennung eines Verwalters, sondern auch dann zur Anwendung, wenn der ernannte Verwalter gestorben ist, oder sein Amt niedergelegt hat, oder nach § 76 entlassen wurde. In diesen Fällen kann, wenn nicht nach dem Wegfalle des Konkursverwalters ohnehin eine Gläubigerversammlung stattfindet, eine solche sowohl von Amts wegen als auf Antrag (§ 85) berufen werden.[3]) Die Gläubigerversammlung kann übrigens jedem ernannten Verwalter gegenüber das Recht, an dessen Stelle eine andere Person zu wählen, nur einmal ausüben und zwar muss dies rechtzeitig geschehen. Wurde von dem Wahlrechte in der hierzu bestimmten Versammlung kein Gebrauch gemacht oder hat das Gericht der vorgenommenen Wahl die Bestätigung versagt, so kann nicht in einer spätern Versammlung ein anderer Verwalter gewählt oder das Versäumte nachgeholt werden.[4])

3) In der Regel kann bloss ein Verwalter ernannt werden. Nur ausnahmsweise gestattet § 71 die Ernennung mehrerer Verwalter, wenn verschiedene in sich abgeschlossene Geschäftszweige (z. B. eine Fabrik und ein Warengeschäft, oder ein landwirtschaftliches Gut und eine Bierbrauerei) vorhanden sind, die Thätigkeit und Verantwortlichkeit der verschiedenen Verwalter sich also trennen lässt. Sind mehrere Verwalter bestellt worden, so hat jeder derselben die in seinen Verwaltungszweig fallenden Geschäfte selbständig zu erledigen. Entsteht unter den Verwaltern ein Streit über ihre Zuständigkeit, so ist dieser von dem Konkursgerichte zu entscheiden, von dem die Bestellung und Geschäftsverteilung ausging.[5]) Wird dagegen die Wirksamkeit einer Verwaltungshandlung bestritten, weil der Verwalter zu derselben mit Rücksicht auf die Geschäftsverteilung nicht befugt gewesen sei, so kann eine Entscheidung über die Wirksamkeit der Handlung nur auf dem Wege des Prozesses durch Feststellungsklage herbeigeführt werden.[6]) Bei dieser Entscheidung kann aber die Auffassung des Konkursgerichts über die Bedeutung der Geschäftsverteilung berücksichtigt werden. Eine Reihe von Geschäften, z. B. die Berichterstattung, Schlussrechnung, Verteilung der Gelder entzieht sich übrigens der Verteilung unter mehrere Personen. Derartige Arbeiten müssen deshalb einem der Konkursverwalter besonders zugewiesen werden.[7]) Eine gemeinschaftliche Verwaltung unter gemeinsamer Haftbarkeit, wie sie das französische Recht kennt, ist nach § 71 ebenso ausgeschlossen wie eine gegenseitige Haftbarkeit der mehreren voneinander unabhängigen Verwalter. Dagegen ist es den einzelnen Konkursverwaltern auch hier unbenommen, wenn der Umfang des Geschäftes dies erfordert, Hilfskräfte zu verwenden, die nach ihren Anweisungen und unter ihrer Aufsicht thätig sind. Die Verantwortung für deren Handlungen hat der Verwalter nach Massgabe des geltenden bürgerlichen Rechtes zu tragen. (M. S. 306.) Einen Vertreter, der nach aussen hin an seiner Stelle die ihm nach dem

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 553; Stieglitz S. 433; v. Völderndorff a. a. O. Anm. 8; Willenbücher S. 136 § 72 Nr. 5; v. Wilmowski S. 281.

[2]) Vgl. Stieglitz und v. Wilmowski a. a. O.

[3]) So auch das Ldg. Flensburg 29. Dez. 1879, Juristenzeit. Bd. IV. S. 161.

[4]) Vgl. Stieglitz S. 432; v. Völderndorff Bd. II. S. 59 und 61; Wengler S. 439.

[5]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 56; Willenbücher S. 135; v. Wilmowski S. 280.

[6]) Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

[7]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 418; Fitting S. 255, 256 § 29 Anm. 38; Stieglitz S. 431; v. Völderndorff Bd. II. S. 57; Wengler S. 437.

Gesetze zustehenden Befugnisse ausüben soll, kann sich der Verwalter nicht bestellen. Derartige Handlungen kann nur ein vom Gerichte ernannter Verwalter vornehmen; nur dieses kann sonach auch einen Vertreter bezeichnen.[1])

4) Bezüglich der Auswahl der zum Verwalter geeigneten Persönlichkeiten wird das Gericht (wie die Gläubigerversammlung) durch die Konkursordnung nicht beschränkt. Dass der Gemeinschuldner selbst nicht zum Verwalter ernannt werden kann, wurde in den Motiven (S. 304) als selbstverständlich bezeichnet, und es erscheint diese Auffassung auch nach § 5 wie nach den übrigen Bestimmungen der Konkursordnung als richtig.[2]) Ebenso versteht es sich von selbst, dass nur eine handlungsfähige Person als Verwalter bestellt werden kann. Im übrigen wurde absichtlich von allen Beschränkungen abgesehen. Es sind weder die nahen Verwandten des Gemeinschuldners, noch die an dem Verfahren beteiligten Gläubiger ausgeschlossen. Auch ist es nicht notwendig, dass der Verwalter am Sitze des Konkursgerichtes wohnt. Ob es nicht möglich sei, den Gerichten die Auswahl des Verwalters durch die Beschränkung auf eine bestimmte Klasse von Personen (insbesondere auf die Notare) zu erleichtern, wurde bei Aufstellung des Entwurfes erwogen. Es wurde aber wegen verschiedener Bedenken davon Umgang genommen und an dem bereits in der preussischen Konkursordnung wie im französischen Rechte geltenden System vollständiger Freiheit der Auswahl festgehalten. (M. S. 304.)

Ausser dem Gemeinschuldner und den handlungsunfähigen Personen kann auch derjenige, welchem die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden sind, während der Zeit, auf welche sich dieser Verlust erstreckt, nicht als Verwalter ernannt werden, denn der Konkursverwalter ist ein „Kurator“ im Sinne des Strafgesetzbuches (§ 34 Z. 6). Für die Anwendung dieser Vorschrift ist der Umstand entscheidend, dass dem Verwalter die Verwaltung eines fremden Vermögens und die Vertretung des Gemeinschuldners kraft eines ihm durch richterliche Ernennung übertragenen öffentlichen Amtes zusteht. Dass dem Kurator die „Fürsorge für die Person“ des Kuranden obliegt, dass er also auch einen „Pflegling“ hat, wird in § 34 des Strafgesetzbuches nicht vorausgesetzt.[3]) Tritt der Fall ein, dass die Pflichten des Konkursverwalters in unvereinbarer Weise mit seinen persönlichen Interessen derart zusammenstossen, dass er die ihm obliegende Thätigkeit im gegebenen Falle nicht ausüben kann, hat z. B. der Verwalter selbst eine Konkursforderung oder ein Absonderungsrecht geltend gemacht, über deren Anerkennung er in seiner Eigenschaft als Verwalter zu entscheiden hätte, so wird das Konkursgericht berechtigt sein, sofern nicht nach den thatsächlichen Verhältnissen die Entlassung als angezeigt erscheint, für den bestimmten Fall einen besondern Verwalter (ad hoc) zu ernennen, welcher die Thätigkeit vornimmt, an deren Vornahme der Verwalter rechtlich verhindert ist. Die Konkursordnung hat zwar einen solchen Fall nicht, wie die preussische Konkursordnung (§ 135), ausdrücklich vorgesehen. Aber die Befugnis zu dieser Verfügung ergiebt sich für den Richter aus der Natur der Sache von selbst, denn die Behörde, welche den Inhaber eines öffentlichen Amtes zu bestellen hat, muss auch berechtigt sein, im Falle eintretender Verhinderung für dessen Vertretung bezw. Ersatz zu sorgen.[4])

[1]) Vgl. Fitting a. a. O.; v. Sarwey S. 675; Stieglitz S. 523 Anm. b. A. M. sind: v. Völderndorff Bd. II. S. 51 und 373; Wengler S. 541; v. Wilmowski S. 280 und 356.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 419; Fitting S. 248 § 29; v. Sarwey S. 550; v. Wilmowski S. 278; Hellmann, Lehrbuch S. 973 Nr. II. A. M. ist v. Völderndorff Bd. I. S. 126 lit. f., Bd. II. S. 46.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O.; Hellmann, Lehrbuch S. 974; v. Mandry S. 83 § 8 Anm. 14; Olshausen St.-G.-B. S. 120, 121 Nr. 7a.; v. Sarwey S. 550; Stieglitz S. 429 Anm. b.; v. Völderndorff Bd. II. S. 46 Anm. 5; Willenbücher S. 134 Nr. 2; v. Wilmowski S. 278 und 279 Nr. 1 a. E. A. M. v. Schwarze, St.-G.-B. S. 201 Nr. 4 a. E.

[4]) Vgl. Fitting S. 256 § 29 Anm. 38; Fuchs S. 102; v. Sarwey S. 552; Stieglitz S. 429 Anm. c.; Wengler S. 435, 437; Willenbücher S. 134 Nr. 2; v. Wilmowski S. 278.

II. Bescheinigung und Bekanntmachung der Ernennung. Auferlegung einer Sicherheitsleistung.

(§ 70 Abs. 2 und § 73.)

1) Mit der Mitteilung der Ernennung nehmen auch die gesetzlichen Befugnisse des Verwalters ihren Anfang. Die öffentliche Bekanntmachung seines Namens und die Erteilung einer urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung sind daneben im Interesse des Verkehrs und zur Erleichterung des Nachweises seiner Vollmacht vorgeschrieben. (M. S. 305.) In der Bekanntmachung ist der Verwalter möglichst genau zu bezeichnen und nicht bloss Vor- und Zuname, sondern auch Stand und Wohnort anzugeben. Ein Mangel in der Bekanntmachung, ja selbst eine falsche Namensangabe hat jedoch keinen Einfluss auf die Befugnisse des Verwalters, denn diese beruhen auf der Ernennung, nicht auf der Bekanntmachung. Aus demselben Grunde würde eine irrtümlich in der Bekanntmachung als Verwalter bezeichnete Person nicht zu Verwaltungshandlungen ermächtigt sein. Wer in gutem Glauben an eine solche Person etwas geleistet hat, wird durch die Leistung nicht ohne weiteres befreit. Vielmehr muss bezüglich dieser Frage das bürgerliche Recht entscheiden. Der Schuldner hat immerhin an eine unberechtigte Person bezahlt, wenn er auch durch die Bekanntmachung hierzu verleitet wurde.[1]) Die Ernennung ist dem Verwalter natürlich vom Gerichte mitzuteilen. Derselbe kann seine Thätigkeit sofort beginnen, nachdem er von der Ernennung Kenntnis erhalten hat. Es bedarf hierzu weder einer förmlichen Zustellung durch den Gerichtsvollzieher, noch braucht er die urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung abzuwarten.[2]) Mit der Entlassung hören die Befugnisse des Verwalters auf, ebenso durch Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung des Verwalteramtes. (Bem. I. 4.) In dieser Beziehung ist zwischen dem Verhältnis nach innen und nach aussen nicht zu unterscheiden und die Anwendung der Art. 25 und 46 H.-G.-B. nicht aus dem Gesetze zu begründen. Wie der ernannte Verwalter zur Ausübung des Amtes vor der Bekanntmachung berechtigt ist, so verliert er seine Eigenschaft unabhängig von der Bekanntmachung seiner Entlassung. Bezüglich der Frage, was zu geschehen hat, wenn ein Dritter in gutem Glauben an den frühern Verwalter etwas geleistet hat, ist das bürgerliche Recht massgebend.[3])

Dass der Verwalter die Ernennungsbescheinigung bei Beendigung seines Amtes zurückgeben muss, hat darin seinen Grund, dass der Besitz der Bestallung den Verwalter dem Publikum gegenüber als solchen darstellt, diese sonach missbraucht werden kann. Wird die Zurückgabe verweigert, so kann dieselbe nicht vom Gerichte durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, denn diese können nur gegen den im Amte befindlichen Verwalter verhängt werden (§ 76), während die Zurückforderung der Bestallung die Enthebung vom Amte voraussetzt.[4]) Dagegen kann der neue Verwalter auf Herausgabe der Bestallung an das Gericht klagen, damit nicht der Entlassene die Verwaltung beeinträchtige. Die Konkursgläubiger, welche sich in die Verwaltung nicht einzumischen haben, sind zu einer solchen Klage nicht berechtigt.[5]) Die Vorschriften kommen bezüglich jeder Ernennung eines Verwalters zur Anwendung, gleichviel ob derselbe von Amts wegen oder auf Vorschlag der Gläubigerversammlung ernannt wurde. Ob und unter welchen Voraussetzungen durch die Handlungen, welche der Verwalter nach seiner Entlassung vorgenommen hat, eine Masseforderung entsteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.

[1]) Vgl. Fitting S. 249 § 29 Anm. 10 und S. 254 Nr. VI.; Stieglitz S. 434; Willenbücher S. 136; v. Wilmowski S. 281. A. M. sind v. Völderndorff Bd. II. S. 62 Anm. 2; Wengler S. 440.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 419 Nr. III.; Willenbücher S. 134 Nr. 4; v. Wilmowski S. 279. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 63 a. E. und Anm. 5.

[3]) Vgl. die in Anm. 1 aufgezählten Schriftsteller.

[4]) A. M. Endemann a. a. O. S. 420; Rintelen Bd. III. 2 S. 91 und v. Völderndorff Bd. II. S. 65 Anm. 13.

[5]) A. M. v. Völderndorff a. a. O.

2) Eine Verpflichtung zur Annahme der Ernennung besteht nach der Konkursordnung für den Verwalter nicht. Bei Begründung des § 74 wurde auch ausdrücklich darauf Bezug genommen, dass der Verwalter sein Amt freiwillig übernehme. (Bem. 1 zu §§ 74 ff.) Der Ernannte kann deshalb die Übernahme des Amtes ohne Angabe von Gründen ablehnen und ebenso dasselbe niederlegen, wenn er sich nicht zur Fortführung besonders verpflichtet hat. Soweit dies nicht der Fall ist, steht dem Verwalter das Recht zu, von dem Amte jederzeit wieder zurückzutreten. Er darf dies jedoch nicht zur Unzeit thun und wird auch verpflichtet sein, seine Thätigkeit solange fortzusetzen, bis ein Nachfolger ernannt ist. Eine gesetzliche Verpflichtung zur Übernahme oder Fortführung des Amtes besteht nicht. Aus der Thatsache allein, dass der Verwalter die Ernennung angenommen hat, folgt aber noch nicht, dass derselbe sich verpflichten wollte, die übernommene Thätigkeit unter allen Umständen bis zur Beendigung des Konkursverfahrens fortzusetzen.[1]) Auch das Konkursgericht wird übrigens verpflichtet sein, einen widerwilligen Verwalter im Interesse der Beteiligten wenn irgend möglich, durch einen andern zu ersetzen.

3) Die Vornahme einer besondern Verpflichtungshandlung mit dem Verwalter, dessen Verpflichtungen mit der Ernennung beginnen, schreibt die Konkursordnung dem Gerichte nicht vor. (M. S. 305.) Es hat deshalb weder eine Beeidigung des Verwalters oder eine Verpflichtung durch Handgelübde zu erfolgen, noch ist überhaupt eine besondere Einweisung nebst Belehrung über die zu übernehmenden Pflichten erforderlich. Die einfache Mitteilung der Ernennung genügt, um den Verwalter zur Übernahme der Verwaltung zu berechtigen, und die Annahme der Ernennung begründet die in dem Gesetze vorgesehenen Verpflichtungen. Ob eine besondere Verweisung auf die Vorschriften der Konkursordnung als angemessen erscheint, ist der Beurteilung des Gerichtes überlassen.

4) Nach der Konkursordnung steht dem Gerichte das Recht zu, den Verwalter zur Sicherheitsleistung anzuhalten, und zwar kann sowohl seine Ernennung von der Leistung einer Sicherheit abhängig gemacht, als nachträglich eine Sicherheitsleistung auferlegt werden. Bei den weitgehenden Befugnissen des Verwalters erschien eine solche Befugnis für diejenige Zeit unerlässlich, während welcher den Gläubigern eine unmittelbare Einwirkung auf die Geschäftsführung desselben entzogen ist; sie wurde aber als zulässig und notwendig auch für den Fall angesehen, dass eine Mehrheit von Gläubigern geneigt sein sollte, auf eine Sicherheitsleistung zu verzichten. Die Auferlegung einer Sicherheitsleistung und die Bestimmung über Art und Höhe derselben ist in das Ermessen des Richters gestellt. Dieser ist sonach in den Stand gesetzt, in ausgedehntem Masse den schon in der Persönlichkeit oder den sonstigen Verhältnissen des Verwalters liegenden Bürgschaften Rechnung zu tragen. (M. S. 305.) An die Vorschriften des § 101 der C.-P.-O. ist das Gericht hienach nicht gebunden. Übrigens kann diese Bestimmung schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil es sich hier nicht um eine „prozessualische" Sicherheit handelt und es in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, ob überhaupt eine Sicherheitsbestellung erfordert wird.[2]) Aus der freien Stellung, welche dem Gerichte eingeräumt worden ist, muss gefolgert werden, dass dasselbe die auferlegte Sicherheitsleistung auch wieder ganz oder teilweise erlassen, oder die bisherige Sicherheit durch eine andere ersetzen kann. In beiden Fällen bleiben die aus der bisherigen Sicherheitsleistung entstandenen Belastungen in Wirksamkeit, wenn das Gericht dieselben nicht auch für die Vergangenheit ausser Kraft gesetzt hat oder dieselben durch die neuerdings gestellte Sicherheit ersetzt worden sind.[3])

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 53 und Willenbücher S. 135. A. M. sind Meisner S. 254; v. Sarwey S. 551; Stieglitz S. 430; v. Wilmowski S. 279.

[2]) Vgl. Fitting S. 252 § 29 Anm. 25; Hullmann S. 226 ff.; v. Sarwey S. 551; v. Völderndorff Bd. II. S. 53, 54; Willenbücher S. 135 Nr. 5; v. Wilmowski S. 279. A. M. Wengler S. 436, der § 101 entsprechend anwenden will.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 55; Stieglitz S. 431; Wengler S. 436. A. M. Fitting S. 252 § 29 Anm. 25; v. Wilmowski S. 280.

Gegen die Auferlegung der Sicherheitsleistung steht dem Verwalter das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Dagegen kann dieses Recht nicht auch demjenigen eingeräumt werden, der einen Antrag auf Auferlegung einer Sicherheit gestellt hat und mit diesem Antrag zurückgewiesen wurde.[1] (Vgl. Bem. III. 2 zu § 66 S. 314.)

§ 74.

Der Verwalter hat die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

(E. § 74; M. S. 306; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 132.)

1) Bezüglich der Stellung, welche dem Verwalter gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern zukommt, ist auf die Ausführungen in Bem. II. 1 zu § 5 zu verweisen, nach welchen derselbe als Vertreter des Gemeinschuldners angesehen werden muss, obgleich er in seiner Thätigkeit keineswegs von demselben abhängig ist. Die Verantwortlichkeit des Verwalters wird durch § 74 für das ganze Reichsgebiet gleichmässig geregelt. Mit Rücksicht darauf, dass derselbe sein Amt freiwillig und gegen Vergütung übernimmt, wurde es für angemessen gehalten, ihm die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zur Pflicht zu machen und ihn daher die culpa levis im römisch-rechtlichen Sinne vertreten zu lassen. (M. S. 306.) Die Sorgfalt eines ordentlichen „Geschäftsmannes“ (Art. 343 H.-G.-B.) wurde deshalb nicht vorgeschrieben, weil sie nur für den Handelsverkehr passen würde. (M. a. a. O.) Bei Prüfung der Verantwortlichkeitsfrage wird es übrigens immer darauf ankommen, ob der Verwalter diejenige Sorgfalt bethätigt hat, welche „ein ordentlicher Hausvater“ dann anwenden wird, wenn er eine ähnliche Stellung als Vermögensverwalter einnimmt. Thut oder unterlässt der Verwalter etwas, was ein ordentlicher Verwalter nicht thun oder nicht versäumen wird, so hat er nicht diejenige Sorgfalt bethätigt, welche das Gesetz von ihm verlangt.[2]) Ob der Verwalter in eigenen Angelegenheiten eine geringere Sorgfalt als die eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden pflegt, ist gleichgültig, da er nicht bloss für diligentia, quam in suis rebus adhibere solet, haftet. Auch darf derselbe sich nicht darauf berufen, dass er mit der Verwaltung einer Konkursmasse oder mit dem Geschäftsbetriebe des Gemeinschuldners nicht vertraut gewesen sei. Diese Umstände mussten ihn veranlassen, das Amt des Verwalters abzulehnen bezw. niederzulegen. Ist dies nicht geschehen, so haftet der Verwalter, der sich ja auch der Unterstützung von Sachverständigen bedienen kann, immerhin nach § 74.[3]) Die Konkursordnung bestimmt bloss das Mass der Sorgfalt, welche der Verwalter anzuwenden hat, regelt dagegen nicht die Entschädigungspflicht des Verwalters gegenüber dem Gemeinschuldner, den einzelnen Gläubigern und dritten Personen, z. B. Aussonderungsberechtigten, welche durch sein Verhalten geschädigt werden. Ob und in welchem Umfange eine Verpflichtung zum Schadenersatz besteht, richtet sich vielmehr nach dem bürgerlichen Rechte. Dass der Verwalter gegenüber dem Gemeinschuldner und den Gläubigern, zu denen er immerhin in einem besondern dauernden Rechtsverhältnisse steht, wenn er auch nicht deren Vertreter ist, zum Ersatze des durch sein Verschulden verursachten Schadens verpflichtet ist, wird nach jedem Rechte anzunehmen sein. Anders liegt die Sache dagegen in Ansehung Dritter, zu denen der Verwalter nicht in einem besondern, aus seiner Stellung entspringenden Rechtsverhältnisse

[1]) Vgl. Fitting a. a. O. A. M. sind: Endemann, Konkursverf. S. 425; Hullmann S. 227 Nr. 7; v. Sarwey S. 551; Stieglitz S. 431; v. Völderndorff Bd. II. S. 53; v. Wilmowski S. 279.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 67.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 67; v. Wilmowski S. 282.

steht. Solche Personen, welche sich übrigens wegen pflichtwidriger Handlungen des Verwalters nach § 52 Z. 1 auch an die Masse halten können (Bem. II. zu § 52), werden nur dann von dem Verwalter persönlich Entschädigung verlangen können, wenn nach dem bürgerlichen Rechte der Grundsatz gilt, dass jedermann zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, der einem andern durch sein Verschulden erwachsen ist.[1]) Soweit ein solcher Anspruch besteht, können aber Dritte geltend machen, dass der Verwalter die ihm nach § 74 obliegende Sorgfalt nicht bethätigt habe und dass deshalb ein Verschulden desselben vorliege.

2) Soweit durch das pflichtwidrige Verhalten des Verwalters das zur Konkursmasse gehörige Vermögen, dessen Subjekt der Gemeinschuldner geblieben ist (vgl. Bem. I. 2 zu § 5), vermindert wurde, kann der Anspruch auf Schadenersatz von dem Nachfolger des verantwortlich gemachten Verwalters ausgeübt werden, der in dieser Beziehung den Gemeinschuldner vertritt und dessen Aufgabe es ist, dafür zu sorgen, dass dasjenige, was der Masse durch den Verwalter entzogen wurde, derselben wieder ersetzt wird. Stellt sich erst bei Abnahme der Schlussrechnung (§ 150) heraus, dass der Verwalter die ihm obliegende Sorgfalt nicht bethätigt hat, und wird mit Rücksicht darauf die Genehmigung der Schlussrechnung verweigert, so kann die Entlassung des Verwalters beantragt werden. Auch dann ist es Sache des neuen Verwalters, seinen Vorgänger zur Verantwortung zu ziehen und dadurch, was der Masse entzogen wurde, wieder beizubringen. Der Gemeinschuldner selbst kann, solange das Konkursverfahren nicht beendigt wird, nicht auf Entschädigung klagen, denn was der Konkursverwalter als Schadenersatz zu gewähren hat, gehört in die Masse, deren Verwaltung lediglich dem neuen Verwalter zusteht. Erst nach Aufhebung des Verfahrens kann der Gemeinschuldner einen Entschädigungsanspruch geltend machen, weil dann eine Konkursmasse nicht mehr besteht und der Entschädigungsanspruch zu seinem freien Vermögen gehört. Aber auch nach der Aufhebung des Konkursverfahrens kann er nicht mehr Schadenersatz von dem frühern Verwalter verlangen, wenn dessen Nachfolger den Anspruch bereits gerichtlich geltend gemacht hatte und darüber rechtskräftig entschieden worden ist. Denn in diesem Prozesse wurde der Gemeinschuldner vom Konkursverwalter vertreten und muss deshalb das ergangene Urteil gegen sich gelten lassen. (Bem. II. 1 zu § 5.) Wurde der Verwalter zu Schadenersatz verurteilt und ist dieser in die Konkursmasse geflossen, so ist damit die Verbindlichkeit des verklagten Verwalters getilgt. Wurde die Klage zurückgewiesen, so ist damit dem Anspruch des frühern Gemeinschuldners die Grundlage entzogen bezw. die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache begründet.

Die einzelnen Konkursgläubiger sind als solche nicht berechtigt, während des Konkursverfahrens gegen den Verwalter Klage zu erheben und zu verlangen, dass derselbe verurteilt werde, den durch sein Verschulden erwachsenen Schaden der Konkursmasse zu ersetzen. Es ist nicht ihre Sache, sondern diejenige des Konkursverwalters, derartige Ansprüche geltend zu machen.[2]) Aber auch der Gesamtheit der Konkursgläubiger kann ein solches Klagerecht nicht zugestanden werden, denn auch sie ist nicht dazu ermächtigt, die einen Bestandteil der Konkursmasse bildenden Ansprüche geltend zu machen. Aus der den Gläubigern zustehenden Befugnis, Einwendungen gegen die Schlussrechnung zu erheben, kann ein Klagerecht, das neben demjenigen des neugewählten Verwalters geltend zu machen wäre, nicht abgeleitet werden. Zudem würde, wenn man ein solches anerkennen wollte, aus der Zulassung mehrerer auf denselben Gegenstand gerichteter Klagen sehr leicht Verwirrung und für den Verwalter der Nachteil entstehen, den Schaden doppelt ersetzen zu müssen. Derselbe wäre immer noch der Gefahr ausgesetzt, nachträglich vom Gemeinschuldner verklagt zu werden, weil das von den Gläubigern erwirkte Urteil diesem nicht entgegen-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 554; Stieglitz S. 434; v. Wilmowski S. 282; Willenbücher S. 136 Nr. 2. A. M. ist v. Völderndorff Bd. II. S. 68, der annimmt, der Verwalter sei nach § 74 jedermann für den ihm zugefügten Schaden verantwortlich, ohne dass es auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes etwas ankomme.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Bolze Bd. IV. Nr. 1578, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1129.

gehalten werden könnte.[1]) Dass die Ersatzansprüche in der Regel erst nach der Schlussrechnung ermittelt werden, ändert an der Sachlage nichts, da die Möglichkeit besteht, den Verwalter zu entlassen und einen neuen Verwalter zu ernennen, der den Anspruch gegen seinen Vorgänger geltend zu machen hat. Die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs ist übrigens keineswegs durch das Vorhandensein einer Schlussrechnung bedingt.[2]) Wollte man während der Dauer des Konkursverfahrens eine Klage der Konkursgläubiger zulassen, so müsste, was sie erstreiten, ebenso zur Masse fliessen, wie dasjenige, was ein Nachfolger des Verwalters errungen hat. Sollte bei Erledigung des Prozesses das Konkursverfahren bereits aufgehoben sein, so müsste eine Nachtragsverteilung stattfinden. (§ 153 Abs. 2.) Was der Gemeinschuldner selbst erstreitet, fliesst nicht zur Masse, weil er den Prozess für eigene Rechnung führt und nur für sich führen kann.[3]) Nach Beendigung des Konkursverfahrens können übrigens auch die einzelnen Konkursgläubiger Ersatz dessen verlangen, was ihnen durch das Verschulden des Verwalters entgangen ist, sofern der Verwalter nicht den Schaden der Masse ersetzen musste.

§ 75.

Der Verwalter steht unter der Aufsicht des Konkursgerichts.

(E. § 75; M. S. 306, 307; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 131.)

1) Die Aufsicht über die Thätigkeit des Konkursverwalters wurde dem Gerichte übertragen, weil dieses den Verwalter ernennt und die Übertragung der Aufsicht auf den Gläubigerausschuss mit der amtlichen Stellung des Konkursverwalters und dessen Aufgabe unvereinbar gewesen wäre Derselbe soll nicht bloss einseitig die Interessen der Gläubiger im Auge haben, wenn er auch zur Wahrung derselben in erster Linie berufen ist. Die Aufsicht hat nur den Zweck, dass die Pflichtmässigkeit der Handlungen und Unterlassungen des Verwalters geprüft werden und derselbe auf Gesetzwidrigkeiten aufmerksam gemacht sowie an solchen verhindert werden soll. In diesem Sinne hat z. B. das Gericht die Gesetzmässigkeit der Vornahme von Verteilungen zu überwachen.[4]) Die Zweckmässigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters unterliegt an sich nicht der Nachprüfung des Gerichtes, das keineswegs die Geschäftsführung des Verwalters vom Gesichtspunkte der Angemessenheit aus leiten soll. (M. S. 306.) Darin, dass der Verwalter in schuldhafter Weise, z. B. aus reiner Nachlässigkeit oder Bequemlichkeit, notwendige Anordnungen unterlässt oder unzweckmässige Verfügungen trifft, kann aber unter Umständen eine Verletzung der gesetzlichen Verpflichtungen (§ 74) zu finden sein.[5])

Solange der Verwalter sich innerhalb der Grenzen der ihm zugewiesenen Befugnisse bewegt und den Bestimmungen des Gesetzes nicht zuwiderhandelt, soll das Gericht sich nicht in die Verwaltung einmischen, wohl aber darauf achten, dass der Verwalter den gesetzlichen Vorschriften nachkommt, indem es ihn auf die ihm obliegenden Pflichten aufmerksam macht und ihm eine Zuwiderhandlung der gesetzlichen Vorschriften oder eine pflichtwidrige Unterlassung verweist sowie nötigenfalls dieselbe durch eine Ordnungsstrafe rügt. Dagegen ist das Gericht nicht berechtigt, den Verwalter zur Vornahme be-

[1]) Vgl. hierzu Fitting S. 255 § 29 Anm. 37; Hullmann S. 297; Stieglitz S. 584; Willenbücher S. 139 und v. Wilmowski S. 398, 399, welche vielfach voneinander und von obigen Ausführungen abweichen.

[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 286 Nr. 5.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 469; Fitting und Willenbücher a. a. O. A. M. Stieglitz a. a. O.

[4]) Vgl. Ldg. Dresden 22. Nov. 1882, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 492, 493.

[5]) Vgl. Fuchs S. 104; Meves S. 94; v. Völderndorff Bd. II. S. 70; Wengler S. 443; v. Wilmowski S. 283.

stimmter Handlungen, die er für unzweckmässig oder ungerechtfertigt hält, z. B. zur Heranziehung oder Nichtheranziehung von bestimmten Gegenständen zur Masse, (durch Ordnungsstrafen) zu zwingen. Dritten Personen, welche sich durch ein derartiges Verhalten des Verwalters für beeinträchtigt halten, können zwar auf dem Klagewege gegen denselben vorgehen, aber sich den Prozess nicht dadurch ersparen, dass sie einen Befehl des Konkursrichters erwirken. Das Gericht hat nur die Aufsicht darüber zu führen, dass der Verwalter pflichtmässig handelt, aber nicht selbst die Verwaltung zu leiten, kann daher beispielsweise dem Verwalter nicht vorschreiben, dass er einen Pachtvertrag fortsetze oder kündige, eine Anfechtungsklage erhebe oder nicht erhebe, eine Sache aussondere oder das Aussonderungsrecht bestreite, aus freier Hand verkaufe oder von einem solchen Verkauf absehe und eine gerichtliche Veräusserung betreibe.[1]) Das dem Gerichte zustehende Aufsichtsrecht, das sich durch Verhängung von Ordnungsstrafen geltend macht, wird mit Recht als eine Disciplinargewalt bezeichnet, in deren Wesen nicht notwendig die Ausdehnung auf das Privatleben und die Privatthätigkeit der dem Aufsichtsrechte unterworfenen Personen liegt.[2]) Diese Disciplinargewalt erstreckt sich aber nur auf die geschäftliche Thätigkeit des Konkursverwalters, nicht auf dessen Privatleben. Der Konkursverwalter verwaltet zwar kraft eines ihm erteilten öffentlichen Auftrags sein Amt, ist aber deshalb doch kein Beamter. Soweit dessen geschäftliche Thätigkeit durch sein Privatleben nicht berührt wird, können deshalb Ordnungsstrafen gegen denselben nicht erlassen werden.[3]) Die Aufsicht über den Verwalter hat das Gericht von Amts wegen zu führen. Dasselbe braucht also nicht auf einen Antrag des Gemeinschuldners oder eines Gläubigers zu warten, sondern kann auch ohne solche die ihm zustehenden Befugnisse ausüben. Thatsächlich werden allerdings in der Regel erst Mitteilungen oder Anträge von Beteiligten Veranlassung zu einem Einschreiten geben.

§ 76.

Das Gericht kann gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis zu zweihundert Mark festsetzen. Es kann denselben vor der auf seine Ernennung folgenden Gläubigerversammlung von Amts wegen, später nur auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses seines Amtes entlassen.

Vor der Entscheidung ist der Verwalter zu hören.

(E. § 76; M. S. 306, 307; K. S. 62, 161; pr. K.-O. § 133.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Als Ordnungsstrafen kennt das Gesetz nur Geldstrafe. Die Erteilung eines förmlichen Verweises, welche übrigens in der Vorstellung, dass ein bestimmtes Verhalten gesetzwidrig sei, noch nicht liegt, ist hiernach ausgeschlossen.[4]) Die Entlassung ist im Gesetze nicht als Ordnungsstrafe bezeichnet. Vielmehr gilt als solche nur die Geldstrafe. Aber die Entlassung kann jedenfalls auch zur Strafe wegen vorgekommener Pflichtverletzung verhängt werden und ist insbesondere dann zu verhängen, wenn die Ordnungsstrafen sich als unzureichend erweisen. Weder eine Ordnungsstrafe noch die Entlassung kann verhängt

[1]) Vgl. Meves S. 94; v. Sarwey S. 554; v. Völderndorff Bd. II. S. 70, 71; Willenbücher S. 137 Nr. 2; v. Wilmowski S. 283; O.-L.-G. Posen 2. März 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 123; Ldg. Dresden 14. April 1883, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 491 ff.

[2]) Vgl. dagegen v. Völderndorff Bd. II. S. 69.

[3]) Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 554 und v. Völderndorff Bd. II. S. 71.

werden, ohne dass vorher dem Verwalter Gehör d. h. Gelegenheit zur Verteidigung gewährt worden ist.[1]) Das „Hören" ist übrigens nicht wörtlich zu nehmen. Auch durch eine Aufforderung zu einer schriftlichen Äusserung kann der Vorschrift des Abs. 3 genügt werden. Hat der Verwalter die ihm gebotene Gelegenheit zur Äusserung versäumt, so ist er im Sinne des Gesetzes gehört worden.

2) Sowohl gegen die Verhängung einer Geldstrafe als gegen die Entlassung steht dem Verwalter die Beschwerde zu. Ebenso sind zu derselben die Konkursgläubiger bezw. Mitglieder des Gläubigerausschusses berechtigt, wenn der im Gesetze vorgesehene Entlassungsantrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses zurückgewiesen worden ist. Dagegen steht ein solches Recht nicht zu, falls ein einzelner Gläubiger die Entlassung ohne Erfolg angeregt haben sollte. (Bem. III. 2 zu § 66 und Bem. I. 1 zu § 85 ff.) Zum Antrag auf Verhängung einer Geldstrafe ist weder der Gläubigerausschuss noch die Gläubigerversammlung befugt. Noch weniger steht ein solches Recht den einzelnen Gläubigern zu. Ist trotzdem ein solcher Antrag gestellt worden und unbeachtet geblieben, so findet hiernach Beschwerde nicht statt.[2]) Die Beschwerde hat gemäss § 535 C.-P.-O., der nach § 65 hier Anwendung findet, keine aufschiebende Wirkung, da § 66 eine Ausnahme nicht vorsieht und die Ausnahmebestimmung des § 535 Abs. 1 der C.-P.-O. nur in den darin vorgesehenen Fällen angewandt, nicht aber auf andere Fälle ausgedehnt werden darf.

II. Geldstrafen.

Wegen einer und derselben Handlung oder Unterlassung darf höchstens eine Geldstrafe von zweihundert Mark verhängt werden, während nichts im Wege steht, dass aus verschiedenen Veranlassungen nacheinander mehrere Geldstrafen verhängt werden und dass diese Geldstrafen zusammen den Betrag von 200 Mark übersteigen. Die wiederholte Androhung und Verhängung von Geldstrafen für den Fall, dass eine unterlassene Handlung auch fernerhin nicht vorgenommen wird, ist ausgeschlossen, da die Geldstrafe hier nicht (wie in § 774 C.-P.-O.) als Zwangsmittel, sondern als wirkliche Strafe für eine begangene Ordnungswidrigkeit erscheint. Auch dann sind mehrere Strafen wegen derselben Handlungen nicht gestattet, wenn der Gesamtbetrag derselben 200 Mark nicht übersteigt.[3]) Noch weniger ist es zulässig, dass dieser Betrag überschritten wird.[4]) Ob dieselbe oder eine neue Pflichtwidrigkeit vorliegt, ist insbesondere auch bei fortgesetzter Unterlassung nach den thatsächlichen Verhältnissen zu beurteilen.[5]) Dass höhere Geldstrafen nicht ausgesprochen werden können, wurde in den Motiven (S. 306, 307) durch die Bemerkung gerechtfertigt: „Möchten Strafen in dieser Höhe ihren Zweck verfehlen, so ist auf eine erspriessliche Thätigkeit des Verwalters überhaupt nicht mehr zu rechnen; es muss sodann dem Gläubigerausschuss oder der Gläubigerversammlung überlassen werden, einen Entlassungsantrag zu stellen." Eine Umwandlung der Geldstrafe in Freiheitsstrafe findet nicht statt, da die Bestimmungen der §§ 28 ff. R.-St.-G.-B. sich nur auf solche Strafen beziehen, welche wegen Vergehen oder Übertretungen verhängt wurden, und eine besondere Vorschrift nicht wie in den Fällen der §§ 345 und 355 C.-P.-O. besteht. Die Sache liegt hier ebenso, wie bei den Ordnungsstrafen, welche gegen Sachverständige (nach § 374 C.-P.-O.) erlassen wurden.[6])

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 555 Nr. 4; Stieglitz S. 435; v. Völderndorff Bd. II. S. 73; v. Wilmowski S. 284.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 422; v. Völderndorff Bd. II. S. 74, 75.

[3]) Vgl. Fitting S. 251 § 29 Nr. IV.; Meisner S. 255; v. Sarwey S. 555 Nr. 1; v. Wilmowski S. 283. A. M. Endemann a. a. O. S. 421; v. Völderndorff Bd. II. S. 72; Wengler S. 443 Nr. 1.

[4]) A. M. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 297 § 115 und Willenbücher S. 137 Nr. 1.

[5]) Vgl. v. Sarwey S. 555 Nr. 1; v. Wilmowski S. 283.

[6]) Vgl. Meves S. 98; v. Sarwey S. 555 Nr. 1; Stieglitz S. 435; v. Völderndorff Bd. II. S. 72 Anm. 12 und Text dazu; v. Wilmowski S. 283. A. M. Wengler S. 443 Nr. 2.

Was das Verfahren anbelangt, so kann die Geldstrafe von Amts wegen verhängt werden. Die Gläubiger sind zwar befugt, die Verhängung derselben in Anregung zu bringen. Es steht ihnen aber nicht das Recht der Beschwerde zu, falls das Gericht eine Strafe nicht verhängt. (Vgl. Bem. I. 2.) Wenn der Verwalter nach der Ansicht des Konkursrichters eine bestimmte Handlung vornehmen soll, so wird ihn dieser in der Regel zunächst zur Vornahme unter Androhung einer Ordnungsstrafe auffordern. Jedoch muss dies nicht geschehen, sondern kann auch wegen einer Unterlassung ohne vorausgegangene Androhung die Strafe verhängt werden.

III. Entlassung.

1) Die Entlassung des Verwalters kann vor allem aus dem Grunde erfolgen, weil derselbe die ihm obliegenden Pflichten verletzt hat und sich entweder die gegen ihn verhängten Ordnungsstrafen als ungenügend erwiesen oder so grobe Pflichtverletzungen vorliegen, dass die sofortige Entfernung aus dem Amte als notwendig erscheint. Diese ist jedoch auch dann zulässig, wenn ein eigentliches Verschulden nicht besteht, aber der Verwalter aus irgend einem Grunde unfähig ist, seine Aufgabe zu erfüllen. In der Reichstagskommission (S. 161) bemerkte ein Regierungsvertreter in zutreffender Weise: „dass das Gericht, wenn der Verwalter geisteskrank werden oder sterben sollte, einen andern Verwalter ernennen könne und müsse, verstehe sich von selbst und brauche nicht im Gesetze ausgesprochen zu werden.“ Dasselbe muss aber gelten, wenn die Unfähigkeit in andern Umständen (z. B. körperlicher Krankheit oder Geschäftsunkenntnis) ihren Grund hat und der Verwalter das Amt nicht freiwillig niederlegt. Aus der Zusammenstellung der Entlassung mit den Ordnungsstrafen könnte gefolgert werden, dass § 76 nur von derjenigen Entlassung handle, welche erfolgt, weil der Verwalter seine Pflichten nicht gehörig erfüllt und dass eine Entlassung, welche sich aus andern Gründen als notwendig erweist, nicht aus § 76 sondern aus den übrigen Vorschriften der Konkursordnung abzuleiten ist. Bei dieser Annahme, für welche die erwähnten Äusserungen des Regierungsvertreters verwertet werden können, würde auch die Bestimmung, nach welcher die Entlassung nach der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung nur mehr auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses verhängt werden kann, sich nur auf diejenige Entlassung beziehen, welche aus obigem Grunde erfolgt. Die dargelegte Auffassung kann jedoch nicht als zutreffend angesehen werden, weil einerseits das Gesetz nur in § 76 von der Entlassung handelt und hier deren formelle Voraussetzungen bezw. das einzuhaltende Verfahren in allgemeiner Weise regelt, auch das Konkursgericht nicht verpflichtet ist, die Gründe, welche die Entlassung veranlassen, im Beschlusse anzugeben, andererseits auch bei der Entlassung wegen Unfähigkeit der Verwalter des ihm gewährten Schutzes bedarf und die Gläubigerversammlung bezw. der Gläubigerausschuss ein Interesse daran hat, die Entlassung förmlich beantragen und ihr Recht weiter verfolgen zu dürfen. Auch hier trifft der Grund des Gesetzes zu. Würde sich auf eine solche Entlassung § 76 nicht beziehen, so würde den Gläubigern auch im Falle der Zurückweisung des von der Gläubigerversammlung oder dem Gläubigerausschuss gestellten Entlassungsantrages ein Beschwerderecht nicht zustehen. (Bem. III. 2 zu § 66.) Für die Ansicht, dass § 76 auch dann Anwendung findet, wenn die Entlassung wegen Unfähigkeit zur Erfüllung der mit dem Amte verbundenen Pflichten verhängt wird, spricht noch der Umstand, dass die Vorschrift der preussischen Konkursordnung (§ 133) entnommen wurde, nach welcher der Verwalter seines Amtes entlassen werden konnte, „wenn er seinen Verpflichtungen nicht gehörig nachkommt.“ Ferner sprechen für dieselbe die weiteren in der Reichstagskommission stattgehabten Verhandlungen. In derselben wurde die Frage angeregt, ob nicht für die Fälle, dass der Verwalter geisteskrank werde, dass er sich Unredlichkeiten zu schulden kommen lasse und dergl. mehr, besondere Bestimmungen zu treffen seien. Von der Stellung eines besondern Antrages wurde aber abgesehen, nachdem von den Regierungsvertretern hervorgehoben worden war, dass in der Regel ein Gläubigerausschuss bestellt

sein werde, der die Entlassung beantragen könne, und sich in Preussen niemals ein Bedürfnis zu besondern Bestimmungen herausgestellt habe. (K. S. 161.) Wenn der Verwalter nicht gegen seinen Willen entlassen werden soll, sondern erklärt, sein Amt niederzulegen, wird die Anwendung des § 76 allerdings ausgeschlossen sein, weil es sich hier nicht um eine förmliche Entlassung (im Sinne des § 76), sondern um Annahme der Niederlegung handelt, zu welcher der Verwalter berechtigt ist. (Bem. II. 2. zu den §§ 70—73.) In allen übrigen Fällen, insbesondere auch dann, wenn der Verwalter wegen körperlicher oder geistiger Erkrankung seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann, aber sich weigert, sein Amt freiwillig niederzulegen, ist dagegen eine förmliche Entlassung geboten und § 76 massgebend.[1]) Bis zur ersten Versammlung, welche auf die Ernennung des Verwalters erfolgt, kann das Gericht denselben von Amts wegen entlassen. Nach dieser Versammlung kann dagegen die Entlassung nur auf Antrag des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erfolgen, welche das Gericht von Amts wegen berufen kann, damit sich dieselbe darüber ausspricht, ob sie die Entlassung beantragen will. (M. S. 307.) Die Gläubigerversammlung kann auch dann den Antrag auf Entlassung beschliessen, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, welcher seinerseits die Entlassung nicht beantragt. Ja sie kann auch in diesem Falle vom Konkursgerichte berufen werden, um sich über die Entlassung zu äussern. Nicht bloss die erste, sondern auch jede spätere Gläubigerversammlung ist zu dem Antrage auf Entlassung befugt.[2]) In allen Fällen wird jedoch hierzu vorausgesetzt, dass der Gegenstand auf der nach § 90 zu veröffentlichenden Tagesordnung steht. Auch wenn die Gläubigerversammlung einen andern Verwalter nicht gewählt hat oder die Ernennung des von ihr gewählten Verwalters versagt wurde, ist sie zum Antrage auf Entlassung befugt. Mit dem Beginne der auf die Ernennung folgenden Gläubigerversammlung hört die Befugnis des Gerichtes, den Verwalter von Amts wegen zu ernennen, auf. Das Gericht kann hiernach, wenn die Gläubigerversammlung nachmittags stattfindet, noch vormittags den bisherigen Verwalter entlassen und einen andern ernennen. Sobald die Gläubigerversammlung begonnen hat, hört dagegen die erwähnte Befugnis des Gerichtes auf; dass bereits über die Wahl eines andern Verwalters verhandelt worden ist, wird hierzu nicht vorausgesetzt.[3])

In dringenden Fällen ist, wie auch in der Reichstagskommission (S. 161) vom Abg. von Vahl bemerkt wurde, der Konkursrichter zum vorläufigen Einschreiten berechtigt. Insbesondere kann derselbe dem unredlichen Konkursverwalter bis zur endgültigen Entscheidung die ihm zustehenden Befugnisse entziehen. Diese Befugnis ist zwar dem Gerichte im Gesetze nicht ausdrücklich beigelegt. Sie ergiebt sich aber aus der Natur der Sache und der Stellung des Gerichtes, das für das Vorhandensein eines geeigneten Verwalters zu sorgen hat und solange sich die Gläubiger nicht äussern können, deren Interessen wahren muss.

2) Die Entlassung des Verwalters kann in der Regel nicht erfolgen, ohne dass derselbe (mündlich oder schriftlich) mit seinen Erklärungen gehört worden ist. (Bem. I.) Nur wenn eine solche Anhörung (z. B. wegen schwerer körperlicher oder geistiger Erkrankung oder wegen Entfernung des Verwalters) unmöglich ist, kann die Entlassung ohne weiteres verfügt werden. Ist es möglich, so muss dem Verwalter Gelegenheit gegeben werden, sich

[1]) Vgl. Fitting S. 253 § 29 Anm. 29. Wengler S. 444 Nr. 6; Hullmann (S. 228) und v. Sarwey (S. 555) folgern zwar aus den Äusserungen des Regierungsvertreters, dass im Falle der Unfähigkeit durch Geisteskrankheit die Ernennung eines andern Verwalters erfolgen könne, ohne dass es einer Entlassung des erkrankten Verwalters bedürfe. Dieser Ansicht kann aber nicht zugestimmt werden. Auch über die Frage, ob eine Geisteskrankheit vorliegt, kann Zweifel entstehen. Die Entscheidung hierüber muss deshalb durch förmlichen Beschluss erfolgen, der nach § 76 zu erlassen ist.

[2]) Ldg. Flensburg 29. Dez. 1879, Juristenzeit. Bd. IV. S. 161.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 555 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 73; v. Wilmowski S. 284. A. M. anscheinend Fitting S. 253 § 29 Nr. VI. mit Anm. 30.

zu äussern. In der Reichstagskommission wurde daran Anstoss genommen, dass der Verwalter gehört werden müsse. Von einem Abänderungsantrage wurde aber abgesehen, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Eine gleiche Bestimmung komme vielfach in der C.-P.-O. vor und besage nur, dass der betreffende gehört werden solle, wenn er gehört werden könne. Vorläufige Massregeln zu treffen, sei das Gericht ohnehin befugt."

§ 77.

Der Verwalter hat Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für seine Geschäftsführung. Die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung erfolgt durch das Konkursgericht.

(E. § 77; M. S. 307; K. S. 62; pr. K.-O. §§ 134, 199.)

1) Der Verwalter hat unter allen Umständen Anspruch auf Erstattung seiner in angemessener Weise aufgewendeten baren Auslagen und auf eine Vergütung für seine Thätigkeit d. h. für die geleistete Arbeit. Diese Vergütung hat er auch dann zu beanspruchen, wenn er selbst Gläubiger ist, weil er auch in diesem Falle in der Hauptsache fremde Geschäfte besorgt. (M. S. 307.) Dass der Anspruch auf Ersatz der Auslagen durch die nachträglich erfolgte Entlassung nicht verloren geht, versteht sich von selbst. Die Konkursmasse würde sonst in ungerechtfertigter Weise bereichert werden. Dasselbe muss aber auch bezüglich der Vergütung für die Thätigkeit des Verwalters gelten und zwar auch dann, wenn die Entlassung zur Strafe erfolgt ist. Unter Umständen können jedoch diejenigen Handlungen bei Bemessung der Vergütung ausser Ansatz bleiben, welche die Entlassung wegen Pflichtverletzung veranlasst haben, also nicht hätten vorgenommen werden sollen.

2) Die Festsetzung der Auslagen und Gebühren, welche nach § 51 einen Bestandteil der Massekosten bilden, erfolgt nicht durch den Gläubigerausschuss sondern durch das Gericht, welches an einen etwaigen Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Verwalter, durch den die unabhängige Stellung des letztern leicht gefährdet werden könnte, nicht gebunden ist. (M. S. 307 u. Bem. 3.) Die Vergütung für die Thätigkeit des Verwalters kann erst am Schlusse des Verfahrens festgestellt werden. Da dieselbe als ein Bestandteil der Massekosten von der Verteilungsmasse in Abzug gebracht werden muss, ehe irgend eine Verteilung an die Gläubiger stattfinden darf (§ 50), ist aber schon in einem frühern Zeitpunkte eine vorläufige Festsetzung (Veranschlagung) vorzunehmen. Da am Schlusse des Verfahrens die geleisteten Dienste ebensowenig wie in einem frühern Zeitpunkte die noch zu leistenden im einzelnen genau festgestellt und bewertet werden können, wurde die Festsetzung der Gebühr dem freien Ermessen des Richters überlassen, welcher hierbei sowohl auf den Umfang und die Schwierigkeit der Leistungen des Verwalters als auf den Betrag der Masse Rücksicht zu nehmen hat. (M. a. a. O.) Der unter gewissenhafter Berücksichtigung aller Umstände des einzelnen Falles und nach billigem Ermessen vorzunehmenden Würdigung des Anspruchs auf Vergütung darf sich der Richter nicht in der Weise entschlagen, dass er ein für allemal die Gebührensätze bewilligt, welche in einem durch die Konkursordnung ausser Kraft gesetzten Landesgesetze vorgesehen waren.[1]) Solche Gebührensätze dürfen vielmehr nur dann zu Grunde gelegt werden, wenn sie in vorliegendem Falle als angemessen erscheinen. Dagegen erscheint es nicht als unangemessen, bei der Festsetzung Gebührensätze zu Grunde zu legen, welche bei der Vermögensverwaltung durch einen gerichtlich ernannten Pfleger ausserhalb des Konkursverfahrens Anwendung finden oder in Ansehung

1) A. M. Ldg. Zwickau in Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 316.

des Ersatzes der Auslagen die Gebührenordnung für Rechtsanwälte (§ 76), obgleich diese nicht unmittelbar Anwendung findet,[1]) entsprechend anzuwenden.[2]) Der Richter darf sich in dieser Weise einen Masstab für die Festsetzung verschaffen, wenn er sich nur der Beurteilung des einzelnen Falles nicht ganz entzieht.

Die dem Verwalter zu gewährende Vergütung bezieht sich nur auf diejenige Thätigkeit desselben, welche er in dem Konkursverfahren als solchem (als Konkursverwalter) zu entwickeln hat. Dagegen bleiben bei derselben die Gebühren ausser Betracht, welche der Verwalter für die Vertretung des Gemeinschuldners in den die Masse betreffenden Prozessen nach der Gebührenordnung für die Rechtsanwälte zu beanspruchen hat. Diese Gebühren, welche nicht für die Thätigkeit in dem vom Konkursgerichte geleiteten Verfahren gewährt werden, sind vom Konkursrichter weder festzusetzen noch bei Bemessung der Vergütung zu berücksichtigen.[3]) Die Erhebung und Ablieferung von Geldern oder Wertpapieren, welche auf Grund eines die Masse betreffenden Prozesses erfolgt (§ 87 der G.-O. für Rechtsanwälte), gehört zu der Thätigkeit, welche dem Verwalter als solchem obliegt. Für diese Thätigkeit darf derselbe daher eine besondere Gebühr der Masse nicht berechnen.[4]) Dagegen wird derselbe diese Gebühr dem in die Kosten verurteilten Gegner berechnen dürfen.

Das Verfahren bei der Festsetzung wird, soweit es sich um die Erstattung barer Auslagen handelt, ein anderes sein als bei Bemessung der Vergütung für die Arbeitsleistung. Die Festsetzung der Auslagen ist immer durch die Vorlage einer Übersicht über die Ausgaben (Liquidation) bedingt, weil das Gericht an sich keine Kenntnis davon hat, welche Beträge der Verwalter auszulegen hatte. Liegt eine solche Übersicht vor, so braucht der Verwalter nicht nochmals besonders gehört zu werden. Dagegen kann die Festsetzung der Vergütung auf Grund der Akten erfolgen. Ob in dieser Beziehung die Gläubiger und der Verwalter zu einer Äusserung über die Höhe des zu bewilligenden Betrages gehört werden sollen, ist in das Ermessen des Gerichtes gestellt. Soweit es sich um die Auslagen handelt, wird es zweckmässig sein, dieselben nicht erst am Schlusse des Verfahrens sondern je nach der Veranlassung hierzu sofort festzusetzen, weil diese Auslagen als Massekosten sofort von der Verteilungsmasse abzuziehen sind und bei sofortiger Festsetzung leichter eine Übersicht über die Höhe der Massekosten gewonnen wird.

3) Eine Vereinbarung zwischen dem Verwalter und den Konkursgläubigern oder zwischen dem erstern und dem Gemeinschuldner bindet das Gericht nicht. (Bem. 1.) Dasselbe hat vielmehr von Amts wegen darauf zu achten, dass der Verwalter nicht mehr aus der Konkursmasse entnimmt bezw. behält, als ihm zugebilligt worden ist. Der Gemeinschuldner kann nicht über die Masse zum Nachteil der Konkursgläubiger verfügen. Diese letztern dürfen aber auch nicht durch eine weitergehende Zuwendung bewirken, dass der Gemeinschuldner in einem geringern Masse entlastet wird, als es ausserdem der Fall wäre. Dieser Gesichtspunkt trifft insbesondere auch in den Fällen zu, in welchen das Verfahren durch Zwangsvergleich erledigt wird, denn hier werden die Massekosten von dem an den Gemeinschuldner zurückzugebenden Vermögen abgezogen. (§ 176.)[5]) Die Festsetzung der aus der Konkursmasse zu entnehmenden Vergütung durch das Konkursgericht steht allerdings an sich einer Klage nicht im Wege, durch welche der Verwalter den ihm vom Gemeinschuldner versprochenen Mehrbetrag von demselben nach Aufhebung des Konkursverfahrens einklagt.[6]) Einem solchen Vertrage wird aber der Einwand entgegengehalten

[1]) Vgl. O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 65.

[2]) So auch v. Sarwey S. 556.

[3]) Vgl. Wengler S. 445 a. E.; Willenbücher S. 138 Nr. 3; Ldg. Zwickau 4. Dez. 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. VIII. S. 493.

[4]) Ldg. Zwickau a. a. O.

[5]) Vgl. Ldg. Bremen 7. Mai 1884 und O.-L.-G. Hamburg 31. Mai 1884, Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 392 ff.

[6]) Vgl. O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 65 ff., bes. S. 68—70.

werden können, dass er ungültig sei. Die Festsetzung durch das Gericht soll verhindern, dass der Verwalter sich als im Dienste des Gemeinschuldners oder der Gläubiger stehend betrachte und von diesen für seine Verwaltungsthätigkeit noch besonders bezahlen lasse. Der Verwalter soll hienach eine unabhängige Stellung einnehmen und seine Thätigkeit als Ausübung eines öffentlichen Amtes ansehen. Es kann deshalb nicht als zulässig angesehen werden, dass derselbe sich gegen die Festsetzung des Gerichtes unter Umgehung des Gesetzes durch besondere Verträge sichert. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass die Konkursgläubiger dem mit dem Gemeinschuldner getroffenen Übereinkommen beitreten.

4) Gegen die Festsetzung der Auslagen und Gebühren steht nicht bloss dem Konkursverwalter, sondern auch den Konkursgläubigern und dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu. (§ 66.) Die Konkursgläubiger sind an der Festsetzung unmittelbar beteiligt, weil durch dieselbe die Höhe der Befriedigungsmasse beeinflusst wird.[1]) Das gleiche gilt aber auch vom Gemeinschuldner, der in demselben Masse belastet bleibt, in welchem die Konkursgläubiger nicht befriedigt werden, also ein Interesse daran hat, dass diese Gläubiger einen möglichst hohen Betrag aus der Masse erhalten.[2])

§ 78.

Der Verwalter hat bei der Beendigung seines Amtes einer Gläubigerversammlung Schlussrechnung zu legen. Die Rechnung muss mit den Belegen und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Bemerkungen spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niedergelegt werden. Der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter sind berechtigt, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben. Soweit in dem Termine Einwendungen nicht erhoben werden, gilt die Rechnung als anerkannt.

(E. § 78; M. S. 308; K. S. 62, 63; pr. K.-O. § 279.)

1) Die Vorschriften über die Schlussrechnung kommen sowohl bei der Beendigung des Verfahrens als innerhalb desselben bei einem Wechsel in der Person des Verwalters zur Anwendung. Dieselben gewähren den am Konkursverfahren beteiligten Personen,[3]) nämlich dem Gemeinschuldner, dem Nachfolger des Verwalters und den einzelnen Konkursgläubigern, ein Recht zur Prüfung und Beanstandung der Schlussrechnung, dessen Ausübung ihnen nicht entzogen werden darf. Für die letztern ist die Befugnis zur Erhebung von Einwendungen gegen die Schlussrechnung ein vorzügliches Mittel, sich von der sorgfältigen Führung der Verwaltung und der pflichtmässigen Beaufsichtigung des Konkursverwalters durch den Gläubigerausschuss zu überzeugen. Damit die erwähnte Befugnis einem Gläubiger zusteht, wird vorausgesetzt, dass derselbe zur Zeit der Schlussrechnung noch an dem Verfahren beteiligt ist und ein Interesse an der Sache hat. Ist ein Konkursgläubiger durch Ausübung eines Absonderungsrechtes oder in anderer Weise vollständig befriedigt worden, so ist er hiernach zur Teilnahme an der Rechnungsabnahme und zur Erhebung von Ein-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 427; Fitting S. 250 § 29 Anm. 19; Stieglitz S. 436, v. Völderndorff Bd. II. S. 77, 78; Willenbücher S. 137 a. E.; v. Wilmowski S. 284.

[2]) Vgl. Endemann, Fitting, v. Völderndorff, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O.; ferner Pütter in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 324 ff.

[3]) Vgl. Pütter in Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 326 ff.

wendungen nicht berufen. (M. S. 308.)[1]) Durch den Abschluss eines Zwangsvergleichs wird dagegen die dargelegte Befugnis der Gläubiger nicht berührt. In diesem Falle erhält zwar der Gemeinschuldner das die Konkursmasse bildende Vermögen zur freien Verwaltung zurück. Für die Gläubiger ist es aber nicht gleichgültig, welchen Umfang das an den Gemeinschuldner zurückgefallene Vermögen hat, weil dadurch dessen Fähigkeit zur Erfüllung der im Zwangsvergleiche übernommenen Verpflichtungen bedingt wird. (M. a. a. O.)[2]) Nach § 175 soll zwar das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens beschliessen, „sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist.“ Allein das Wort „sobald“ darf schon mit Rücksicht auf die Vorschrift in § 176 nicht wörtlich genommen werden, weil der Verwalter erst nach der Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses dieser Vorschrift nachkommen und erst, wenn die Masseansprüche und bevorrechtigten Konkursforderungen befriedigt bezw. sichergestellt sind, dem Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkursverfahrens die Masse zur freien Verfügung herausgeben darf. (§ 177.) Diese Herausgabe setzt hiernach notwendig eine Abrechnung voraus, an welcher ausser dem Gemeinschuldner auch die einzelnen Konkursgläubiger ein Interesse haben. Würde das Konkursverfahren aufgehoben, ohne dass vorher eine Abrechnung stattgefunden hat, so würde der Gemeinschuldner keine Bürgschaft dafür haben, dass auch ihm gegenüber der Zwangsvergleich durch vollständige Herausgabe der Masse seinem ganzen Umfange nach erfüllt wird, und doch nach § 176 den Aufhebungsbeschluss nicht mehr anfechten können. Das Gericht darf sich auch nicht, wie neuerdings vorgeschlagen worden ist, damit begnügen, dem Verwalter aufzugeben, dass er die Schlussrechnung nebst Belegen in der Gerichtsschreiberei auflege und diese Auflegung gleichzeitig mit der Aufhebung des Verfahrens unter Ansetzung einer Ausschlussfrist für die Erhebung von Einwendungen öffentlich bekannt zu machen.[3]) Die Konkursordnung kennt nur die Rechnungslegung und Erhebung von Einwendungen in der Gläubigerversammlung, nicht ein Verfahren, bei welchem die Beteiligten unter Festsetzung einer Ausschlussfrist aufgefordert werden, von der Rechnung Einsicht zu nehmen und ihre Einwendungen ausserhalb einer Versammlung vorzubringen. Bei einem solchen Verfahren würde aber auch einerseits den Gläubigern die Möglichkeit genommen, sich mit dem Verwalter in einer mündlichen Verhandlung über die Schlussrechnung auseinanderzusetzen und sich dabei gegenseitig zu unterstützen, andererseits dem Verwalter, der dann jedem Gläubiger auf Verlangen über die einzelnen Rechnungsposten besondere Auskunft geben müsste, eine Last aufgebürdet, für welche es an einer gesetzlichen Grundlage fehlt. Gegen die Ansicht, dass auch im Falle eines Zwangsvergleichs vom Verwalter in einem Schlusstermine Rechnung zu legen sei, kann auch nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, dass der Schlusstermin in diesem Falle auf die Rechnungslegung als einzigen Verhandlungsgegenstand beschränkt sei, denn dieser Umstand, der sich aus der Natur der Sache ergiebt, hat nichts Befremdendes. Zudem braucht eine Beschlussfassung über nicht verwertbare Sachen (§ 150) ohnedies nicht in jedem Schlusstermine vorzukommen und ist die Verhandlung über die Schlussrechnung des Verwalters mindestens ebenso wichtig als diejenige über das Schlussverzeichnis.[4]) Ist der Verwalter in dem durch Zwangsvergleich erledigten Konkursverfahren zur Rechnungslegung nicht angehalten worden, so kann er nachträglich vom Gemeinschuldner, dessen Vermögen er verwaltet hat, hierzu angehalten werden.[5]) Dass der Gemeinschuldner zur Prüfung und

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 556 Nr. 2; Stieglitz S. 437; v. Völderndorff Bd. II. S. 82 lit. g.; Wengler S. 447; Willenbücher S. 138; v. Wilmowski S. 285.

[2]) Vgl. v. Sarwey, Stieglitz, Wengler, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O., ferner Miltner in den Bl. für Rechtsanw. Bd. 52 S. 369 ff. und O.-L.-G. Köln 18. Dez. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 69 a. E. A. M. Weinhagen in der Justizzeit. Bd. 16 S. 183 ff.

[3]) So Miltner a. a. O. S. 376, der aber für einen Ausnahmefall die Notwendigkeit eines förmlichen Schlusstermins zugiebt.

[4]) A. M. Miltner a. a. O. S. 373, 375.

[5]) Vgl. O.-L.-G. Köln 17. Nov. 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. II. S. 56.

Beanstandung der Schlussrechnung stets insbesondere auch dann befugt ist, wenn die Rechnungsstellung durch den Wegfall des Verwalters veranlasst wurde, kann nicht bezweifelt werden. Dessen Zuziehung liegt auch im Interesse des neuen Verwalters, der durch die Anerkennung der Schlussrechnung seitens des Gemeinschuldners eine unanfechtbare Grundlage für seine spätere Rechnungslegung erhält. Die Befugnis des neuen Konkursverwalters zur Beanstandung bedarf einer besondern Begründung nicht. Sie ergiebt sich aus dessen Stellung und der Aufgabe, das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners zu verwalten (§ 5), von selbst.

2) Die Einwendungen gegen die Schlussrechnung müssen im Schlusstermine und zwar mündlich vorgebracht werden; schriftlich eingebrachte Einwendungen sind, sofern sich nicht ein Beteiligter dieselben im Termine aneignet, nicht zu beachten. Die Einwendungen müssen sich auf bestimmte Ansätze in der Rechnung beziehen und so deutlich gefasst sein, dass der Verwalter sich dagegen verteidigen kann. Entstehen Streitigkeiten über die Richtigkeit der Rechnung, so hat darüber nicht das Konkursgericht, das allerdings eine gütliche Beilegung versuchen kann, zu entscheiden. Vielmehr ist die Entscheidung ausserhalb des Konkursverfahrens im Wege des ordentlichen Prozesses herbeizuführen. (Vgl. Bem. 2 zu § 74 S. 326.)[1]) Die Unterlassung von Einwendungen hat die Wirkung einer Anerkennung der Schlussrechnung. Die Wirkungen dieser Anerkennung erstrecken sich aber nur auf den rechnunglegenden Verwalter, dem gegenüber die zu Einwendungen berechtigten Personen die Richtigkeit der Rechnung nicht mehr mit Erfolg bestreiten können. Die in der Rechnung etwa erwähnten Ansprüche Dritter werden dadurch, dass gegen die Schlussrechnung des Verwalters Einwendungen nicht erhoben werden, nicht anerkannt.[2]) Die Beteiligten, welche die Schlussrechnung ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt haben, verlieren dadurch sowohl ihre Entschädigungsansprüche gegen den Verwalter als das Recht der Beschwerde gegen die Verfügungen, auf deren Vollzug die Schlussrechnung beruht. Hat der Gemeinschuldner gegen die vom Konkursgerichte festgesetzte, in der Rechnung zu Grund gelegte, Vergütung des Verwalters Einwendungen nicht erhoben, so kann er hiernach nicht nachträglich gegen die gerichtliche Festsetzung Beschwerde erheben und geltend machen, die Vergütung sei zu hoch gegriffen. Man kann auch nicht sagen, die Vergütung gehöre an sich nicht in die Schlussrechnung, denn in diese sind alle bereits bestrittenen oder noch zu bestreitenden Ausgaben, insbesondere die Massekosten aufzunehmen, von welchen die Auslagen und die Vergütung des Verwalters einen Bestandteil bildet.[3]) Mit der Einwendung, er habe die Vergütung nur insoweit anerkannt, als dieselbe aus der Konkursmasse Deckung finde, kann der Gemeinschuldner nicht gehört werden, denn diese Masse bildet einen Bestandteil seines Vermögens, und die Festsetzung der Vergütung berührt unter allen Umständen den Gemeinschuldner, weil er mit allen Verbindlichkeiten belastet bleibt, für welche im Konkursverfahren Befriedigung nicht erlangt wird. Gerade deshalb, weil die Vergütung, auch wenn sie aus der Masse gedeckt wird, die Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners — wenigstens mittelbar — beeinflusst, steht dem Gemeinschuldner gegen deren Festsetzung Beschwerde zu. Die Anerkennung der Rechnung hat auch nicht bloss die Bedeutung, dass die Übereinstimmung der einzelnen Ansätze mit den Thatsachen, also hier die Übereinstimmung der in Ansatz gebrachten Vergütung mit dem vom Gerichte festgesetzten Betrag zugegeben wird. Vielmehr ist in der Anerkennung der Schlussrechnung eine Entlastung des Verwalters in Ansehung der von ihm geführten Verwaltung zu finden. Der Beweis eines Irrtums oder eines Betrugs wird übrigens durch die Anerkennung der Rechnung nicht ausgeschlossen.[4]) Eine Prüfung der Schlussrechnung durch das Gericht

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 469; Fuchs S. 137; Rintelen Bd. III. 2 S. 91; v. Sarwey S. 557; Stieglitz S. 437; v. Völderndorff Bd. II. S. 84; Wengler S. 448.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 83, 84; Willenbücher S. 139 Nr. 3; v. Wilmowski S. 286 Nr. 5.

[3]) A. M. O.-L.-G. Köln 10. April 1886, rhein. Arch. Bd. 76 Abt. I. S. 87.

[4]) Vgl. Willenbücher S. 139 Nr. 4; v. Wilmowski S. 286 Nr. 5.

findet nicht statt. Wenn vonseite der zu Einwendungen berechtigten Personen die Rechnung anerkannt wird, kann also durch eine vom Konkursrichter erhobene Einwendung die Entlastung nicht ausgeschlossen werden.

3) Der rechnungspflichtige Verwalter kann im Falle der Verweigerung oder Verzögerung der Rechnungslegung zur Erfüllung seiner Pflicht unter Bestimmung eines neuen Termines durch Ordnungsstrafen (§ 76) angehalten werden.[1]) Die Beteiligten können aber auch eine Klage auf Rechnungslegung vor dem ordentlichen Gerichte erheben.[2]) Insbesondere ist hierzu der neue Verwalter befugt. Die Vollstreckung des zur Rechnungslegung verurteilenden Erkenntnisses wird in der Regel nicht gemäss § 773 der C.-P.-O. erfolgen können, da die Rechnungsstellung durch einen Dritten nicht in derselben Weise erfolgen kann wie seitens des Verwalters.[3]) Auch abgesehen von den Fällen, in welchen die Akten nicht mehr vorhanden oder nicht vollständig sind oder der Verwalter die Herausgabe der Akten verweigert und hierzu nicht durch eine besondere Klage gezwungen werden kann, haben die Beteiligten ein Recht darauf, dem Verwalter selbst gegenüber zu stehen und von ihm Auskunft zu erhalten. Hiernach muss § 774 C.-P.-O. zur Anwendung kommen. Ein mittelbarer Zwang ist schon dadurch gegeben, dass der Verwalter, wenn er nicht vollständig Rechnung legt, der Gefahr von Entschädigungsprozessen ausgesetzt ist. Wenn der Verwalter gestorben oder aus andern Gründen (z. B. zufolge einer Geisteskrankheit) verhindert ist, eine Schlussrechnung zu stellen, so können die Erben bezw. der Vormund des Verwalters, welche ein Interesse an der Entlastung wegen der geführten Verwaltung haben, die Rechnungsstellung übernehmen.[4]) Diese Personen können jedoch zur Rechnungsstellung nicht gezwungen werden, da eine gesetzliche Verpflichtung hierzu bei ihnen nicht besteht, insbesondere die Rechnungspflicht des Verwalters, welche sich aus dessen Amt ergiebt, nicht auf die Erben desselben übergeht.[5]) Tritt der Fall ein, dass vonseite des Verwalters bezw. seiner Erben u. s. w. eine Schlussrechnung nicht erlangt werden kann, so wird es die Sache des neuen Verwalters sein, die Einnahmen und Ausgaben zusammenzustellen, um dadurch eine Grundlage für die neue Verwaltung zu gewinnen. In diesem Falle wird der frühere Verwalter durch eine Anerkennung der Rechnung gleichfalls entlastet; es wird aber diese Anerkennung, wenn die Rechnung unvollständig ist, bis zu besserer Aufklärung verweigert werden können.

4) Bezüglich der Form der Rechnungsstellung enthält das Gesetz nur die allgemeine Vorschrift, dass die Rechnung, die Belege und die Bemerkungen des Gläubigerausschusses beizufügen sind und dass die Rechnung mit diesen Belegen und Bemerkungen drei Tage vor dem Termin auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Aus dieser Vorschrift ergiebt sich zugleich die Notwendigkeit einer schriftlichen Rechnungslegung. Sollte der Verwalter der Vorschrift nicht nachkommen, so brauchen sich die Beteiligten auf eine bloss mündliche Rechnungslegung nicht einzulassen. Wird gegen dieselbe von keiner Seite Widerspruch erhoben, so kann aber auch über die mündlich gestellte Rechnung verhandelt und dem Verwalter daraufhin in wirksamer Weise Entlastung erteilt werden.[6]) Im übrigen ist es dem Verwalter überlassen, in welcher Weise er Rechnung stellen will. Dass für jede kleine Ausgabe, z. B. für Postporto, ein besonderer Beleg beigebracht werde, kann man nicht verlangen.

[1]) So Rintelen Bd. III. 2 S. 91 Nr. 7.

[2]) Vgl. Willenbücher S. 138 Nr. 2.

[3]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. Bem. II. 2 zu §§ 773 ff. S. 1075; Struckmann und Koch S. 856; v. Wilmowski und Levy S. 1000; ferner R.-G. (I.) 1. Nov. 1882, Entsch. Bd. VIII. S. 336.

[4]) Vgl. Fitting S. 254 § 29 Anm. 34; v. Sarwey S. 556 Nr. 1; Stieglitz S. 437; v. Völderndorff Bd. II. S. 78, 79; Willenbücher S. 138 Nr. 2; v. Wilmowski S. 285 Nr. 2.

[5]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 468; Fitting S. 254 § 29 Anm. 34; v. Sarwey S. 556; v. Völderndorff Bd. II. S. 78. A. M. sind: Willenbücher S. 138 Nr. 2 und v. Wilmowski S. 285 Nr. 2, welche eine gesetzliche Verpflichtung der Erben und des gesetzlichen Vertreters behaupten.

[6]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 79 Anm. 3.

Derartige Ausgaben wird der Verwalter am besten als bare Auslagen behandeln und deren Betrag gemäss § 77 vom Konkursgerichte festsetzen lassen, das in dieser Beziehung eine freie Stellung einnimmt und besondere Belege nicht zu fordern braucht. Der Festsetzungsbeschluss ist in diesem Falle der Rechnung als Beleg beizufügen. Auch die Anlegung einer Liste, in welcher kleinere Ausgaben sofort eingetragen und vom Empfänger bestätigt werden, ist zu empfehlen.[1])

5) Hinsichtlich der Zeit, welche dem Verwalter zur Rechnungsstellung gewährt werden muss, schreibt § 150 zwar vor, der Schlusstermin sei nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen. Wenn es sich zeigt, dass diese Zeit für die Aufstellung der Rechnung und deren Prüfung durch den Gläubigerausschuss nicht ausreicht, kann der Schlusstermin aber auch weiter hinausgesetzt werden.[2]) Dem Gläubigerausschuss muss der Verwalter die Rechnung so zeitig mitteilen, dass dessen Bemerkungen mindestens drei Tage vor dem Schlusstermine auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden können. Damit nicht eine Vereitelung des Schlusstermines eintritt, wird es sich empfehlen, dass das Gericht sich vor Anberaumung des Termines mit dem Verwalter und dieser mit dem Vorsitzenden des Gläubigerausschusses verständigt.

6) Die der Schlussrechnung beizufügenden Bemerkungen des Gläubigerausschusses müssen von diesem Ausschuss selbst ausgehen. Es genügt hiernach nicht, dass die einzelnen Mitglieder des Gläubigerausschusses ihre Bemerkungen beifügen. Vielmehr muss der Ausschuss bezüglich der Schlussrechnung und der von ihm beizufügenden Bemerkungen Beschluss fassen. Zu dieser Sitzung des Gläubigerausschusses kann der Verwalter beigezogen werden, um Auskunft über die einzelnen Rechnungsposten zu geben. Beschliesst der Gläubigerausschuss, Bemerkungen zur Schlussrechnung nicht abzugeben, so folgt daraus, dass die Rechnung von demselben nicht beanstandet wird. Dies hindert aber natürlich die einzelnen Konkursgläubiger, welche Mitglieder des Gläubigerausschusses sind, nicht, im Termine ihrerseits Einwendungen zu erheben.[3]) Die Bemerkungen des Gläubigerausschusses haben überhaupt nicht die Bedeutung von Einwendungen gegen die Rechnung im Sinne des § 78. Ungeachtet der in denselben enthaltenen Beanstandungen gilt die Rechnung als genehmigt, wenn im Termine selbst Einwendungen nicht (mündlich) erhoben werden. (Bem. 1.)

§ 79.

Vor der ersten Gläubigerversammlung kann das Gericht aus der Zahl der Gläubiger oder der Vertreter von Gläubigern einen Gläubigerausschuss bestellen.

Die Gläubigerversammlung hat über die Bestellung eines Gläubigerausschusses zu beschliessen. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses sind von der Gläubigerversammlung zu wählen. Zu Mitgliedern können Gläubiger oder andere Personen gewählt werden.

§ 80.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben den Verwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen.

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 80.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 81 lit. e.

[3]) Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

Dieselben können sich von dem Gange der Geschäfte unterrichten, die Bücher und Schriften des Verwalters einsehen und den Bestand seiner Kasse untersuchen.

Der Gläubigerausschuss ist berechtigt, von dem Verwalter Berichterstattung über die Lage der Sache und die Geschäftsführung zu verlangen. Er ist verpflichtet, die Untersuchung der Kasse des Verwalters wenigstens einmal in jedem Monate durch ein Mitglied vornehmen zu lassen.

§ 81.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden.

§ 82.

Ein Beschluss des Gläubigerausschusses ist gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen hat und der Beschluss mit absoluter Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst ist.

§ 83.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener barer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. In Ermangelung einer Einigung mit der Gläubigerversammlung erfolgt die Festsetzung der Auslagen und der Vergütung durch das Konkursgericht.

§ 84.

Die durch das Gericht erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses kann von dem Gerichte, die durch die Gläubigerversammlung erfolgte Bestellung zum Mitgliede des Gläubigerausschusses durch Beschluss der Gläubigerversammlung widerrufen werden.

(E. §§ 79—84; M. S. 308—313; K. S. 63—68; pr. K.-O. §§ 212—219.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Nach der gemeinrechtlichen Praxis lag der Schwerpunkt der Verwaltung bei dem Gerichte, als dessen Organ der Kurator ungeachtet des den Gläubigern eingeräumten Vorschlagsrechtes in Wirklichkeit anzusehen war und das allein dessen Geschäftsführung zu leiten und zu beaufsichtigen hatte, ja bei unbedeutenden Konkursen von der Ernennung

eines Kurators ganz absehen konnte. Der Ausspruch der Gläubiger oder des von ihnen bestellten Ausschusses, deren Anhörung bei wichtigern Beschlüssen erfolgen sollte, hatte nur die Bedeutung eines der freien Prüfung des Gerichtes unterliegenden Gutachtens. Dieser Zustand befriedigte aber auf keiner Seite. Die Gläubiger beschwerten sich über ihre Zurücksetzung und Bevormundung, die Gerichte über die ihnen zugemutete Verantwortlichkeit auf einem Gebiete, welches ausserhalb ihres Berufes lag und auf dem sie der erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen meistenteils entbehrten. Die notwendige Folge davon war eine formalistische Behandlung der Geschäfte, welche den materiellen Interessen der Beteiligten keineswegs entsprach. Die preussische Konkursordnung von 1855 erstrebte eine durchgreifende Änderung. Sie ging davon aus, dass die Gläubiger an der vorteilhaften Verwaltung und Verwertung der Masse nicht nur das grösste Interesse hätten, sondern auch dazu am besten geeignet seien, ohne einer fortgesetzten vormundschaftlichen Leitung des Gerichtes zu bedürfen. Die Thätigkeit dieses letztern sollte sich daher im wesentlichen auf die Anordnung der nötigen Sicherheitsmassregeln und der vorläufigen Verwaltung sowie auf eine allgemeine Beaufsichtigung des Verwalters beschränken, im übrigen aber die Masse den Gläubigern zur möglichst freien Verfügung durch Vertreter überlassen werden. (M. S. 309.) Dieser Grundgedanke ist, wie in den Motiven ausführlich erörtert wurde, in den Bestimmungen der preussischen Konkursordnung nur in sehr unvollständiger Weise zur Geltung gelangt. Einesteils ging die Beaufsichtigung des Verwalters immer noch zu weit. Andererseits konnte der „Verwaltungsrat", welcher auf Antrag der Gläubiger bestellt wurde, erst zu spät ins Leben treten und war mit zu unbedeutenden Befugnissen ausgestattet. Durch die Novelle vom 12. März 1869 wurde ein sogen. „einstweiliger Verwaltungsrat" eingeführt, welcher die Interessen der Gläubiger im ersten Abschnitte des Verfahrens wahrnehmen sollte, aber auch dessen Thätigkeit war lediglich eine gutachtliche. Bei Aufstellung des Entwurfes zur deutschen Konkursordnung glaubte man zwar an dem oben dargelegten Grundgedanken der preussischen Konkursordnung festhalten zu müssen, aber bei deren Einrichtungen nicht stehen bleiben zu können. Man stellte es sich zur Aufgabe, den allseitig als richtig anerkannten Grundsatz der preussischen Konkursordnung zur folgerichtigen Durchführung zu bringen und in Wirklichkeit die Gläubiger von jeder Bevormundung, die Gerichte von der Besorgung fremder Angelegenheiten zu befreien. Der Gläubigerausschuss wird als ein Vertretungsorgan der Gläubiger aufgefasst, das durch freie Willensbestimmung begründet und begrenzt wird und nicht einem öffentlichen Amts- sondern einem Auftragsverhältnisse entspricht. (M. S. 310.) In einem solchen Auftragsverhältnisse stehen die Mitglieder des Gläubigerausschusses zu den einzelnen Gläubigern, nicht zur Gläubigerversammlung. Letztere ist überhaupt kein Rechtssubjekt, kann sonach auch nicht als Auftraggeber angesehen werden. Aus dem dargelegten Auftragsverhältnisse ergiebt sich, dass die Konkursgläubiger in einem ganz andern Verhältnisse zum Gläubigerausschusse wie zum Konkursverwalter stehen, der zwar kraft seines Amtes auch die Interessen der Gläubiger zu wahren hat, aber nicht deren Beauftragter ist. (Bem. II. 1 zu § 5.) Eine weitere Folge dieses Verhältnisses ist, dass jeder einzelne Konkursgläubiger, auch wenn er sich bei der Wahl des Gläubigerausschusses nicht beteiligt oder andere Personen gewählt hat, befugt ist, die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Ausschusses für begangene Fehler selbständig geltend zu machen und zu diesem Zwecke eine Klage gegen dieselben zu erheben. Der von den Gläubigern gewählte Gläubigerausschuss gilt nach dem Grundsatze, dass der Mehrheitswille der Minderheit aufgezwungen wird, als der Beauftragte aller Gläubiger, also auch jedes einzelnen derselben.[1]) Die Gläubigerversammlung als solche kann eine Klage nicht erheben, weil sie nicht als Rechtssubjekt anzusehen ist, ihr sonach die Parteifähigkeit fehlt. Zu dem Gemeinschuldner steht der Gläubigerausschuss im Verhältnisse eines Geschäftsführers

[1]) Vgl. Fitting S. 257 § 30 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. II. S. 86 Anm. 6.

ohne Auftrag.[1]) Derjenige Gläubigerausschuss, den das Gericht vor der ersten Gläubigerversammlung ernannt hat, steht zu den einzelnen Gläubigern im Verhältnisse eines gesetzlichen Vertreters derselben.[2]) Unter der Aufsicht des Gerichtes steht der Gläubigerausschuss weder in dem einen noch in dem andern Falle. Dasselbe kann denn auch Ordnungsstrafen gegen die Mitglieder des Ausschusses nicht verhängen, wohl aber den von ihm selbst ausgegangenen Auftrag widerrufen. (Vgl. Bem. II. 3.)

II. Bestellung des Ausschusses. Ernennung der Mitglieder und Widerruf derselben.

(§§ 79 und 84.)

1) Nach der Konkursordnung wird es zwar als Regel vorausgesetzt und begünstigt, dass ein Gläubigerausschuss bestellt werde. Man glaubte aber, denselben nicht, wie es in Österreich geschehen ist, als notwendige Einrichtung vorschreiben zu dürfen. Zunächst wurde geltend gemacht, dass sich ein Zwang zur Annahme der Wahl in den Ausschuss, die kein öffentliches Ehrenamt verleihe, für welches man freiwillige Hingabe und persönliche Opfer zum allgemeinen Besten verlangen dürfe, nicht rechtfertigen lasse, und in Ermangelung eines Zwanges die Befürchtung nahe liege, nicht in allen Fällen und nicht an allen Orten eine hinreichende Zahl von Personen zu finden, welche geeignet und geneigt seien, die dem Ausschusse obliegende Thätigkeit zu übernehmen. Sodann wurde bemerkt, dass ein gesetzlicher Zwang zur Bestellung eines besondern Organs der Gläubiger überhaupt nicht gerechtfertigt und ebensowenig praktisch ausführbar sei. (M. S. 310.)

Nach § 79 Abs. 2 hat die Gläubigerversammlung endgültig darüber zu entscheiden, ob ein Gläubigerausschuss bestellt werden soll, und zwar ist die Entscheidung in der ersten Versammlung zu treffen, vorausgesetzt, dass die Wahl als Gegenstand der Tagesordnung vorher nach § 90 bekannt gemacht worden ist. Wenn in dieser Versammlung die Bestellung unterlassen wird, so kann dieselbe übrigens in einer spätern Versammlung immer noch beschlossen werden. Wird ein Ausschuss nicht bestellt, so verzichten die Gläubiger damit auf eine besondere Vertretung. Die vom Gesetze ihrem Organe zugedachte Thätigkeit geht aber dann nicht auf das Gericht über. Diese Thätigkeit muss vielmehr entweder von den Gläubigern selbst wahrgenommen werden, oder, sofern dadurch die Selbständigkeit des Verwalters beschränkt würde, fortfallen. (M. S. 310; §§ 121, 122.)

Bis zum Zusammentritte der Gläubigerversammlung kann das Gericht einen Ausschuss bestellen, der dann die Thätigkeit ausübt, welche das Gesetz dem Gläubigerausschusse zuweist. Dessen Bestellung ist aber nur eine vorläufige Massregel, welche ohne weiteres ihre Wirkung verliert, wenn die erste Gläubigerversammlung beschliesst, dass ein Ausschuss nicht bestehen solle, oder überhaupt bezüglich eines Gläubigerausschusses nichts beschliesst. Das Dasein des vom Gerichte eingesetzten Gläubigerausschusses kann nicht stillschweigend verlängert werden.[3]) Die Sache liegt hier anders als bei dem vom Gerichte ernannten Verwalter, den die Gläubiger als solchen belassen, wenn sie von einer Wahl absehen. (§ 72.) Diese Verschiedenheit erklärt sich daraus, dass der Konkursverwalter ein notwendiges Verwaltungsorgan ist und immer vom Gerichte ernannt wird, während ein Gläubigerausschuss überhaupt nicht zu bestehen braucht und nur vorläufig vom Gerichte eingesetzt werden kann, bis die Gläubiger Gelegenheit haben, über das Bestehen eines solchen Beschluss zu fassen.

[1]) Vgl. Fitting a. a. O. und S. 259 § 30 Anm. 12.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 431 Anm. 24; v. Wilmowski S. 287 Nr. 2. A. M. Fitting a. a. O., der auch hier Geschäftsführung ohne Auftrag annimmt.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 429; Fitting S. 259 § 30 Anm. 10; v. Sarwey S. 559; Stieglitz S. 439; v. Völderndorff Bd. II. S. 89 Anm. 14 und Text hiezu; Wengler S. 451; Willenbücher S. 140 Nr. 4; v. Wilmowski S. 288. A. M. Hullmann S. 230.

2) In welcher Weise der von den Gläubigern gewählte Gläubigerausschuss zusammenzusetzen ist, hat die Gläubigerversammlung ganz frei zu bestimmen. Sie ist weder bezüglich der Anzahl noch bezüglich der Auswahl der Mitglieder beschränkt.

Da § 82 zur Gültigkeit der Beschlüsse des Gläubigerausschusses eine Mehrheit voraussetzt und jedes Mitglied eine Stimme hat, soll die Zahl der Mitglieder jedoch mindestens drei betragen.[1]) Auch sollte dieselbe immer eine ungerade sein, weil nach § 82 jedenfalls absolute Mehrheit erforderlich ist.[2]) Wenn die Gläubigerversammlung einen Ausschuss von zwei oder vier Mitgliedern wählen sollte, besteht allerdings kein Mittel, dieselbe zur Abänderung ihres Beschlusses zu nötigen. Auch kann selbst ein Ausschuss der ersteren Art immerhin Beschlüsse fassen, sofern die zwei Mitglieder einig sind. In vielen Fällen werden aber dann, da ein Stichentscheid nicht zulässig ist (Bem. IV. S. 347), wirksame Beschlüsse nicht zustande kommen. Auch Frauen sind wählbar. Dass die Gläubigerversammlung den Gemeinschuldner zum Mitgliede des Ausschusses erwählt, ist nicht zu erwarten und würde dem Verhältnisse, das zwischen dem Gemeinschuldner und Verwalter besteht (§ 5) sowie demjenigen zwischen dem letztern und dem Gläubigerausschusse (§§ 80, 121, 122) nicht entsprechen. Unzulässig ist eine solche Wahl aber nicht.[3]) Dass der Verwalter selbst in den Gläubigerausschuss gewählt wird, der ihn überwachen soll, ist natürlich ausgeschlossen. Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit der Personen, welche in den Gläubigerausschuss gewählt werden, ist nicht ausdrücklich im Gesetze vorgeschrieben. Doch muss mit Rücksicht auf die dem Gläubigerausschusse zugewiesene Thätigkeit (vgl. bes. § 121 Z. 2) angenommen werden, dass diese Eigenschaft erforderlich ist. Der Gläubigerausschuss selbst kann sich nicht durch Zuziehung von weitern Mitgliedern oder von Ersatzmännern, welche er selbst bezeichnet, ergänzen, selbst wenn ihm die Gläubigerversammlung diese Befugnis einräumt, denn das Gesetz verlangt schlechtweg Wahl durch die Gläubigerversammlung.[4]) Die von der Gläubigerversammlung gewählten Mitglieder bedürfen weder einer gerichtlichen Bestätigung, noch können sie vom Gerichte entlassen werden. Auch Ersatzmänner, welche für den Fall der Nichtannahme oder der Niederlegung des Mandats vonseite der gewählten Mitglieder in den Ausschuss eintreten, wird die Gläubigerversammlung wählen dürfen.[5]) Im Falle der Bestellung mehrerer Konkursverwalter (§ 71) können auch mehrere Gläubigerausschüsse bestellt werden. Dies ist zwar nicht ausdrücklich gestattet, aber auch nicht untersagt und es spricht dafür der Geist des Gesetzes. Da der Gläubigerausschuss in der Hauptsache nur den Verwalter zu überwachen und zu unterstützen hat, liegt es in der Natur der Sache, dass nötigen Falls jedem Verwalter ein besonderer Ausschuss zur Seite gestellt werden kann.[6])

Das Gericht ist in der Wahl der Personen, welche dem Gläubigerausschuss angehören sollen, beschränkt, da es nur Gläubiger und Vertreter von Gläubigern in denselben berufen kann. Wer Gläubiger ist, lässt sich zur Zeit der Bildung des Gläubigerausschusses allerdings nicht genau feststellen, da vor der ersten Gläubigerversammlung die Forderungen noch nicht festgestellt sind. Es muss aber in dieser Beziehung auch genügen, dass eine Person behauptet, Gläubiger zu sein, und ist anzunehmen, deren Forderung bestehe

1) Vgl. Fitting S. 257 § 30 Anm. 2; v. Sarwey S. 559; v. Völderndorff Bd. II. S. 91 Anm. 21; Willenbücher S. 139 Nr. 3. A. M. sind Meves S. 101 Nr. IV. und v. Wilmowski S. 287 Nr. 3.

2) Vgl. v. Völderndorff a. a. O. A. M. Stieglitz S. 438 und v. Wilmowski a. a. O.

3) Vgl. Stieglitz S. 439 Nr. III.; Willenbücher S. 139 Nr. 3; v. Wilmowski a. a. O.

4) A. M. Stieglitz S. 439 Nr. I. a. E.; v. Wilmowski a. a. O.

5) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 429; Fitting S. 257 § 30 Anm. 2; Meisner S. 261 Anm. 8; v. Sarwey S. 559 Nr. 4; Stieglitz S. 438; v. Völderndorff Bd. II. S. 93; Wengler S. 451; Willenbücher S. 139 Nr. 3; v. Wilmowski a. a. O.

6) Vgl. Endemann a. a. O. S. 428; Fitting S. 256 § 30 Anm. 1; v. Sarwey S. 559 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. II. S. 90; Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.

zu Recht. Der Konkursrichter kann jedenfalls nicht dafür verantwortlich gemacht werden, wenn sich später herausstellt, eine von ihm ernannte Person sei in Wirklichkeit nicht Gläubiger gewesen. Auf die Personen, welche ihre Forderungen bereits angemeldet haben, ist das Gericht bei seiner Auswahl nicht beschränkt; es kann vielmehr auch solche Personen bezw. deren Vertreter berufen, deren Gläubigereigenschaft sich aus den Angaben des Gemeinschuldners und dessen Geschäftsbüchern ergiebt.[1])

3) Den von der Gläubigerversammlung gewählten Ausschussmitgliedern, welche als Bevollmächtigte der Gläubiger anzusehen sind, kann durch einfachen Beschluss der Versammlung ihre Vollmacht entzogen werden, ohne dass es hiezu einer besondern Begründung des Beschlusses oder auch nur einer vorherigen Anhörung der Ausschussmitglieder bedarf. In den Motiven (S. 311) wurde die Vorschrift des § 84 damit gerechtfertigt, dass es nicht zweckmässig sein würde, „die Gläubiger einem Mitgliede ihres Ausschusses gegenüber auf die Formen eines Entlassungsverfahrens zu verweisen, und dem Mitgliede den mit einer förmlichen Entlassung verbundenen Makel anzuheften.“ In gleicher Weise, wie die Gläubigerversammlung, ist das Gericht befugt, die von ihm vorgenommenen Ernennungen zu widerrufen. Jedoch dauert dieses Recht nur solange, bis die Gläubigerversammlung zusammengetreten ist und über die Bestellung eines Ausschusses Beschluss gefasst hat. Beschliesst diese, dass ein Gläubigerausschuss bestehen und aus den vom Gerichte vorläufig ernannten Personen gebildet sein solle, so sind die ernannten Aussschussmitglieder von da an als Bevollmächtigte der Gläubigerversammlung anzusehen und es hat nur diese, nicht das Gericht ein Recht, die Ernennung zu widerrufen.[2]) Der Widerruf kann nach § 86 Abs. 2 nur mit absoluter Stimmenmehrheit beschlossen werden, obgleich zur Wahl nach dieser Vorschrift relative Stimmenmehrheit genügt. Der Ausschuss selbst kann natürlich die von der Gläubigerversammlung·vorgenommene Wahl nicht widerrufen. Gegen den Widerrufsbeschluss der Gläubigerversammlung steht ein Rechtsmittel in keinem Falle zu. Aber auch der Widerruf seitens des Gerichtes wird durch Beschwerde nicht (gemäss § 66) angefochten werden können. Es handelt sich bei diesem Widerruf nicht um eine Entscheidung, welche in den Formen des Entlassungsverfahrens erfolgt, sondern um einen freien Willensakt, durch welches der dem Mitgliede des Ausschusses erteilte Auftrag zurückgezogen wird.[3]) Da eine Verpflichtung zur Annahme der Berufung in den Ausschuss nicht besteht, können die Mitglieder desselben auch jederzeit ihren Austritt erklären. Durch den Austritt wird das ausgeschiedene Mitglied von der Verantwortlichkeit für die später gefassten Beschlüsse befreit. Ist derselbe aber zur Unzeit erfolgt und hat sich das Ausschussmitglied sofort zurückgezogen, ohne seine Ersetzung abzuwarten, so kann es für den dadurch verursachten Schaden nach Massgabe der Grundsätze über die unzeitgemässe Kündigung eines Auftragsverhältnisses haftbar gemacht werden.[4])

III. Befugnisse und Pflichten des Gläubigerausschusses.
(§§ 80, 81 und 83.)

1) Die allgemeinen Befugnisse des Gläubigerausschusses und das Mass der von ihm zu beobachtenden Sorgfalt sind in den §§ 80 und 81 angegeben. Der Ausschuss steht hiernach nicht über dem Verwalter sondern ist demselben beigeordnet, um ihn zu unterstützen und seine Thätigkeit zu überwachen. Er kann dem Verwalter weder die Vornahme

[1]) Vgl. Fitting S. 258 § 30 Anm. 8; Meves S. 101; v. Völderndorff Bd. II. S. 87, 88; v. Wilmowski S. 287.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 564; v. Völderndorff Bd. II. S. 307; Wengler S. 459; v. Wilmowski S. 291 Nr. 3.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 564; Stieglitz S. 444; Willenbücher S. 142; v. Wilmowski S. 291 Nr. 2; Fitting S. 259 § 30 Anm. 9.

[4]) Vgl. Hullmann S. 231; v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; v. Völderndorff Bd. II. S. 108; Wengler S. 452, 459; Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.

bestimmter Handlungen vorschreiben, noch selbst Verwaltungshandlungen an Stelle desselben vornehmen, insbesondere nicht Rechtsgeschäfte abschliessen. Hierzu fehlt ihm die Befugnis, weil die Verwaltung der Konkursmasse nicht ihm sondern dem Verwalter übertragen worden ist. (§ 5.) Auch soweit es sich um die Überwachung des Verwalters handelt, ist der Gläubigerausschuss auf diejenigen Befugnisse beschränkt, welche ihm das Gesetz ausdrücklich eingeräumt hat. Der Verwalter kann den Ausschuss zwar um sein Gutachten auch in solchen Fällen ersuchen, für welche das Gesetz eine Thätigkeit desselben nicht vorgesehen hat. Soweit dies nicht geschehen ist, darf sich der Ausschuss aber in die Verwaltung nicht einmischen. Die Vornahme von Handlungen, welche nach dem Gesetze dem Ausschusse nicht zustehen, ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn dieselbe in der Absicht geschieht, den Verwalter zu unterstützen. Eine derartige Unterstützung darf dem Verwalter nicht aufgedrängt werden. Durch die einzelnen Bestimmungen der Konkursordnung ist übrigens dafür gesorgt, dass in keinem Abschnitt des Verfahrens dem Gläubigerausschusse die Gelegenheit zu erspriesslicher Thätigkeit fehle. Als eine überwachende äussert sich dieselbe ausser in der allgemeinen Befugnis, von dem Verwalter Berichterstattung zu verlangen, und der allgemeinen Verpflichtung, die Kasse desselben alle Monate zu untersuchen (§ 80), auch im einzelnen beim Geldverkehr und bei der Rechnungslegung (§§ 78, 124), sowie in der Befugnis, die Entlassung des Verwalters zu beantragen. (§ 76.) Auch das Recht des Gläubigerausschusses, die Berufung einer Gläubigerversammlung zu fordern (§ 85) und vom Verwalter jederzeit Auskunft über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse zu verlangen (§ 92), gehört hierher. Der Aufgabe des Ausschusses, den Verwalter zu unterstützen, ist Rechnung getragen durch die Befugnis zur Beschlussfassung über die Hinterlegung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten, über die Fortführung und Schliessung des Geschäfts (§ 118 Abs. 2), über die Unterstützung des Gemeinschuldners und seiner Familie (§ 118 Abs. 1), ferner durch die Befugnisse, welche sich auf die Art der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses sowie die Unterlassung desselben beziehen (§ 113 Abs. 2). Zu besonders wichtigen oder ungewöhnlichen Verfügungen soll der Verwalter die Genehmigung des Gläubigerausschusses einholen (§§ 121, 122). Die Unterlassung der Einholung hat jedoch die Unwirksamkeit der in Frage stehenden Handlungen nicht zur Folge und auch im Falle der Versagung der Genehmigung ist der Verwalter nicht gehindert, die Handlung dessenungeachtet vorzunehmen (Bem. II. 2 zu § 5 S. 34).[1]) Eine sehr einflussreiche Stellung ist dem Ausschusse endlich im Verteilungsverfahren (§§ 138, 147) und in Ansehung der vom Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschläge eingeräumt (M. S. 311).

Während in § 80 Abs. 2 die dem „Gläubigerausschuss“ zustehende Berechtigung geregelt ist, sind in Abs. 1 dieses § den einzelnen Mitgliedern des Ausschusses bestimmte Befugnisse beigelegt. In der Ausübung dieser Befugnisse sind die einzelnen Ausschussmitglieder an sich unbeschränkt und können insbesondere von den auf das Konkursverfahren bezüglichen Büchern und Schriften des Verwalters sowie von dem Geschäftsgang Einsicht nehmen, so oft sie dies für notwendig halten, um bei der Beschlussfassung über die einzelnen zur Geschäftsthätigkeit des Ausschusses gehörigen Fragen mit voller Sachkenntnis mitwirken zu können. Die Ausübung der Befugnisse ist nicht durch einen vorgängigen Beschluss des Ausschusses bedingt. Auch kann dieser den einzelnen Mitgliedern die Kenntnisnahme vom Geschäftsgange und die Einsichtnahme der Bücher nicht untersagen. Dies ergiebt sich mit Bestimmtheit aus dem Wortlaute des Gesetzes, das die Befugnisse der einzelnen Mitglieder von denen des Ausschusses selbst genau unterscheidet.[2]) Auch bezüglich der Untersuchung der Kasse liegt die Sache im allgemeinen nicht anders als hinsichtlich der

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, jur. Wochenschr. S. 99.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 301 § 115 Anm. 32; Endemann, Konkursverf. S. 431, 432; Fitting S. 260 § 30 Nr. III. und Anm. 15. A. M. sind: Stieglitz S. 440; v. Völderndorff Bd. II. S. 94; Wengler S. 452, 453; Willenbücher S. 140; v. Wilmowski S. 288.

übrigen Überwachungshandlungen. Während Abs. 1 den einzelnen Ausschussmitgliedern die Befugnis einräumt, den Bestand der Kasse zu untersuchen, so oft sie dies für notwendig halten, legt Abs. 2 dem Ausschusse die Verpflichtung auf, dafür zu sorgen, dass die Untersuchung mindestens einmal im Monat durch ein bestimmtes Mitglied vorgenommen wird. Hat der Ausschuss beschlossen, dass die Kassenprüfung durch ein bestimmtes Mitglied und nur in bestimmten Zwischenräumen vorgenommen wird, so ist es allerdings nicht angemessen, dass ein anderes Mitglied ohne besondere Veranlassung eine weitere Untersuchung des Kassenbestandes vornimmt. Aber verboten kann den Ausschussmitgliedern die Ausübung der ihnen gesetzlich eingeräumten Befugnisse nicht werden.[1]) Nach § 120 Abs. 2 hat die Gläubigerversammlung zu bestimmen, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder dem Gläubigerausschusse über die „Verwaltung und Verwertung der Masse" Bericht erstatten und Rechnung legen soll. Von dieser regelmässig wiederkehrenden Berichterstattung kann der Gläubigerausschuss den Verwalter nicht entbinden. Durch die erwähnte Vorschrift wird aber die im § 80 vorgesehene Befugnis des Gläubigerausschusses nicht berührt, vom Verwalter jederzeit einen besondern Bericht „über die Lage der Sache und die Geschäftsführung" zu verlangen, dessen der Ausschuss auch behufs der Beschlussfassung über bestimmte Einzelfragen, z. B. über die in den §§ 121, 122 vorgesehene Genehmigung oder über den Antrag auf Entlassung des Verwalters bedürfen kann. Der Verwalter kann sich hiernach der vom Ausschusse verlangten Berichterstattung nicht durch Berufung auf den Beschluss der Gläubigerversammlung entziehen.[2]) Die in § 80 Abs. 2 vorgesehene regelmässig stattfindende Untersuchung der Kasse wird sich auf die Vergleichung des Kassenbestandes mit dem aus dem Kassenbuch und den Belegen ergebenden Sollbestand sowie auf die Beobachtung der in den §§ 118 Abs. 2 und 120 enthaltenen Vorschriften beschränken. Aus § 80 ergiebt sich, dass der Verwalter verpflichtet ist, die Gelder der Masse in einer besondern, von der seinigen getrennten, Kasse aufzubewahren, weil sonst eine Untersuchung des Kassenbestandes nicht möglich wäre. Sollte sich der Verwalter weigern, dem Gläubigerausschusse die Kasse oder seine Bücher und Schriften vorzuzeigen, oder demselben in anderer Weise die Erfüllung seiner Pflichten unmöglich machen, so müsste auf Grund des § 76 gegen ihn vorgegangen werden.

2) Hinsichtlich der Vorschrift des § 81 ist auf die Erläuterungen zu § 74 zu verweisen, der dieselbe Bestimmung in Beziehung auf den Verwalter enthält. In welcher Weise die Mitglieder des Gläubigerausschusses im Falle eines Versehens haften, ist in der Konkursordnung nicht bestimmt, also nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen. Im allgemeinen muss angenommen werden, dass die verantwortlichen Mitglieder samtverbindlich haften.[3]) Steht eine Unterlassung in Frage, so können diejenigen Ausschussmitglieder nicht haftbar gemacht werden, welchen ein persönliches Verschulden nicht zur Last fällt, weil sie durch Krankheit, Abwesenheit u. s. w. entschuldigt sind.[4]) Aber auch im Falle eines Beschlusses werden diejenigen Mitglieder des Ausschusses nicht verantwortlich gemacht werden können, welche gegen den in Frage stehenden Beschluss gestimmt haben.[5])

Soweit eine Haftbarkeit der Mitglieder des Gläubigerausschusses begründet ist, kann dieselbe nicht bloss von den Gläubigern, sondern auch vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden, denn das in § 81 vorgesehene Mass der zu beobachtenden Sorgfalt ist allen Betei-

[1]) Vgl. die in der vorigen Anm. angeführten Schriftsteller.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 433; Fitting S. 260; Wengler S. 453; v. Wilmowski S. 289. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 97.

[3]) R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1159 ff.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 98; Willenbücher S. 140 Nr. 3.

[5]) Vgl. v. Wilmowski S. 289. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 99 und Willenbücher a. a. O.

ligten gegenüber das gleiche. Auch dem Gemeinschuldner gegenüber stehen die Mitglieder des Gläubigerausschusses in einem besondern Rechtsverhältnisse, welches durch ihre auf die Verwaltung von dessen Vermögen bezügliche Aufgabe begründet wird. Sie sind deshalb auch ihm gegenüber verpflichtet, den übernommenen Obliegenheiten nachzukommen.[1]) Jedenfalls ist die Verantwortlichkeit gegenüber dem Gemeinschuldner dann begründet, wenn die Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtes bezüglich der Haftbarkeit für ausserkontraktliches Verschulden vorliegen.[2]) Während des Konkursverfahrens kann diese Haftbarkeit übrigens nicht vom Gemeinschuldner selbst sondern nur vom Konkursverwalter geltend gemacht werden, der allein berechtigt ist, wegen der zur Masse gehörigen Forderungen Klage zu erheben.[3]) Einen derartigen Prozess kann der Verwalter auch dann einleiten, wenn ihm der Gläubigerausschuss die in § 121 Z. 2 vorgesehene Genehmigung versagt. (Bem. II. 2 zu § 5 S. 34.) Ein einzelner Konkursgläubiger kann während des Konkursverfahrens nur insoweit eine Klage auf Schadenersatz gegen die Ausschussmitglieder erheben, als ihm persönlich durch Verletzung seiner besondern Interessen ein Schaden erwachsen ist; die den übrigen Gläubigern zustehenden Ansprüche geltend zu machen, ist derselbe nicht befugt.[4]) Dagegen können die sämtlichen Gläubiger als Streitgenossen eine Klage auf Schadenersatz erheben, welche, wenn der Ausschuss von der Gläubigerversammlung gewählt wurde, auf das bestehende Auftragsverhältnis, andernfalls darauf gestützt wird, dass auch der vom Gerichte bestellte Ausschuss die Gläubiger vertritt. Soweit es sich um eine Verminderung der Masse handelt, können die Konkursgläubiger aber auch die Verfolgung des Schadenersatzanspruches dem Verwalter überlassen.[5])

3) Dass den Mitgliedern des Gläubigerausschusses nicht bloss ein Anspruch auf Ersatz ihrer Auslagen sondern, abweichend von den meisten Gesetzgebungen, auch ein solcher auf Belohnung ihrer Geschäftsthätigkeit zuerkannt worden ist, wurde in den Motiven dadurch gerechtfertigt, dass die Mitgliedschaft im Ausschusse, dessen Bestellung zudem auf dem freien Willen der Gläubiger beruhe, nicht als ein Ehrenamt aufzufassen sei, und dass auch nur auf diese Weise eine eifrige Geschäftsthätigkeit erwartet und ein entsprechender Grad der Sorgfalt verlangt werden könne. Die Festsetzung der Höhe der Vergütung und der Auslagen soll der freien Vereinbarung der Beteiligten überlassen bleiben; erst wenn eine Einigung des Ausschussmitgliedes mit einer Gläubigerversammlung nicht zu erreichen ist, soll die Entscheidung durch das Konkursgericht eintreten. (M. S. 311.) In der Reichstagskommission wurden zwar verschiedene Abänderungsanträge gestellt, nach welchen den Ausschussmitgliedern eine Vergütung nur, falls solche ausdrücklich bedungen worden, zustehen und ausserdem die Herabsetzung der bedungenen Vergütung durch das Gericht gestattet sein oder die Vergütung lediglich durch das Konkursgericht festgesetzt werden sollte. Es blieb aber bei der Fassung des Entwurfes. Nach dieser haben die Ausschussmitglieder auf eine Vergütung für ihre Thätigkeit in allen Fällen Anspruch, sofern sie nicht auf dieselbe ausdrücklich verzichtet haben. Ist eine Einigung mit der Gläubigerversammlung über die Höhe der Vergütung zustande gekommen, so hat es hierbei in der Regel sein Bewenden, da dem Gerichte ein Ermässigungsrecht nicht zusteht. Den überstimmten Gläubigern und dem Verwalter steht aber nach § 91 das Recht zu, in der Versammlung selbst zu beantragen, dass die Ausführung des Beschlusses untersagt werde. (Bem. IV. zu §§ 85 ff. S. 348.) Insofern kann also das Gericht in die Lage kommen, der Einigung ihre Wirkung zu entziehen. Wenn eine Einigung nicht zu erreichen ist, wird die Vergütung durch das Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt. Gegen den Festsetzungsbeschluss des Gerichtes steht allen Beteiligten d. h. dem

[1]) A. M. v. Sarwey S. 560; Stieglitz S. 441 Anm. a; v. Völderndorff Bd. II. S. 99; Willenbücher S. 140; v. Wilmowski S. 289.

[2]) Vgl. v. Sarwey, Stieglitz, v. Völderndorff und Willenbücher a. a. O.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1159 ff.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1129, 1130.

[5]) Vgl. Willenbücher S. 140, 141; v. Wilmowski S. 289. A. M. v. Sarwey S. 560, 561.

Gemeinschuldner, Verwalter, dem betroffenen Ausschussmitgliede und den einzelnen Konkursgläubigern, das Recht der Beschwerde zu. Wird behauptet, der Gläubigerausschuss oder ein einzelnes Mitglied desselben habe auf Vergütung verzichtet, so hat über die Frage, ob ein bindender Verzicht vorliege, nicht das Konkursgericht zu entscheiden, sondern ist darüber eine Entscheidung im Wege des Prozesses herbeizuführen. Das Konkursgericht kann die Höhe der den Ausschussmitgliedern zustehenden Vergütung festsetzen, aber nicht darüber entscheiden, ob ein Verzicht vorliegt.[1])

IV. Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses. Art der Beschlussfassung. (§ 82.)

Über die Geschäftsordnung des Gläubigerausschusses bestimmte Vorschriften zu erteilen, hat die Konkursordnung vermieden. Sie beschränkt sich darauf, die Bedingungen festzusetzen, von welchen die Gültigkeit der Beschlüsse abhängen soll, überlässt es aber im übrigen dem Gläubigerausschusse, seine Geschäftsordnung selbst zu regeln. Die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, welche auch auf schriftlichem Wege erfolgen kann, die Beurkundung, Mitteilung und Ausführung der Beschlüsse sollte der Regelung durch die Beteiligten nicht entzogen werden. Durch dieselbe soll aber auch die Gültigkeit eines Beschlusses nicht in Frage gestellt werden. Diese Gültigkeit soll vielmehr nur davon abhängen, ob die beschliessenden Mitglieder die Mehrheit der für den Ausschuss bestimmten Personen bilden, und ob der Beschluss mit der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit gefasst worden ist. (M. S. 313.) Da sich nicht alle Mitglieder an der Abstimmung beteiligen müssen, braucht die Mehrheit der Abstimmenden, welche immer genügt, nicht die Mehrheit der Ausschussmitglieder zu sein. Nach dem Entwurfe sollte die einfache Stimmenmehrheit genügen. Die Reichstagskommission beschloss aber, dass absolute Stimmenmehrheit vorhanden sein müsse. Zur Vermeidung von Zweifeln wurde von derselben, obgleich Hagens einen derartigen Beschluss für „unnötig“ erklärte, ausdrücklich bestimmt, dass nur die „abgegebenen“ Stimmen bei Berechnung der Mehrheit in Betracht kommen. (K. S. 63.) Für den Fall, dass Stimmengleichheit besteht, wurde absichtlich eine Bestimmung nicht getroffen, da man es weder für zweckmässig hielt, dem Vorsitzenden in diesem Falle die Entscheidung zu übertragen, noch den Konkursrichter oder den Verwalter herbeiziehen und den Ausschlag geben lassen wollte. Tritt der Fall ein, dass eine absolute Mehrheit nicht zu erzielen ist, so unterbleibt entweder der angestrebte Beschluss, oder der Ausschuss einigt sich über die Berufung einer Gläubigerversammlung (vgl. § 95 und Bem. II. 2 S. 342). Diese Versammlung, welche berechtigt ist, den Ausschuss an Anweisungen zu binden, deren Überschreitung die Mitglieder den Gläubigern verantwortlich machen,[2]) kann auch bei Meinungsverschiedenheiten derselben den Ausschlag geben. (M. a. a. O.) Auch durch die Geschäftsordnung kann das im Gesetze aufgestellte Erfordernis der Stimmenmehrheit nicht beseitigt werden, indem dem Vorsitzenden für den Fall der Stimmengleichheit das Recht des Stichentscheides eingeräumt wird. In einer solchen Bestimmung würde eine Abänderung des Gesetzes liegen, zu welcher weder die Gläubigerversammlung noch der Ausschuss selbst befugt ist.[3]) Wenn der Ausschuss die Anweisungen ausseracht lässt, welche ihm die Gläubigerversammlung erteilt hat, so wird dadurch die Gültigkeit der gefassten Beschlüsse nicht beeinträchtigt.[4]) Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn der Verwalter es unterlassen hat, die nach den §§ 121 und 122 vorgeschriebene Genehmigung einzuholen. (Bem. II. 2 zu § 5.) Das Gericht kann die Ausführung eines von dem Gläubigerausschusse gefassten Beschlusses zwar nicht in derselben

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 106 Anm. 9.

[2]) Vgl. Fuchs S. 90 Nr. 6 und S. 93; v. Sarwey S. 562; Stieglitz S. 442; v. Völderndorff Bd. II. S. 101; Wengler S. 455; v. Wilmowski S. 290.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 103; Willenbücher S. 141 Nr. 2; v. Wilmowski S. 290.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 101.

Weise untersagen, wie diejenige eines Beschlusses der Gläubigerversammlung, da § 91 sich nur auf Beschlüsse der letztern bezieht. Soweit die §§ 121, 122 Anwendung finden, kann aber das Gericht nach § 123 Abs. 2 auf Antrag des Gemeinschuldners dem Verwalter die Vornahme einer vom Gläubigerausschusse genehmigten Rechtshandlung vorläufig bis zur Beschlussfassung durch die Gläubigerversammlung untersagen. Billigt auch diese die in Frage stehende Handlung, so kann § 91 zur Anwendung gebracht werden. Dass die Entscheidung der Gläubigerversammlung auch dann angerufen werden kann, wenn ein Beschluss des Ausschusses nicht zustande kommt, ergiebt sich nicht ohne weiteres aus dem bestehenden Auftragsverhältnis. Doch wird in denjenigen Fällen, in welchen eine Entscheidung des Gläubigerausschusses im Gesetze als notwendig vorgesehen und nicht zu erlangen ist, die Entscheidung der Gläubigerversammlung angerufen werden können, denn diese ist das regelmässige Organ der Gläubiger, welches da eintreten muss, wo der mit Rücksicht auf die Vereinfachung der Überwachungsthätigkeit eingesetzte Ausschuss seine Dienste versagt.[1]) Unter allen Umständen ist es Sache der Gläubigerversammlung, den Ausschuss durch Vermehrung der Mitgliederzahl oder andere Zusammensetzung in eine solche Lage zu versetzen, dass er beschliessen kann. (§§ 79 und 84.) Hat der Ausschuss einen Beschluss gefasst, so kann dieser nicht von der Gläubigerversammlung umgestossen werden, denn diese, deren Befugnisse im Gesetze genau geregelt sind, bildet keineswegs eine obere Instanz. Der von dem Ausschusse gefasste Beschluss muss vielmehr vollzogen werden, soweit nicht das Gericht von § 123 Abs. 2 Gebrauch macht.[2])

§ 85.

Über die Berufung der Gläubigerversammlung beschliesst das Gericht. Die Berufung muss erfolgen, wenn sie von dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse oder von mindestens fünf Konkursgläubigern, deren Forderungen nach der Schätzung des Gerichts den fünften Teil der Schuldenmasse erreichen, beantragt wird.

Die Berufung muss öffentlich bekannt gemacht werden. Der öffentlichen Bekanntmachung bedarf es nicht, wenn in einer Gläubigerversammlung eine Vertagung der Verhandlung angeordnet wird.

§ 86.

Die Gläubigerversammlung findet unter der Leitung des Gerichts statt.

Die Beschlüsse der Gläubigerversammlung werden mit absoluter Mehrheit der Stimmen gefasst. Für die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses genügt relative Mehrheit der Stimmen.

Die Stimmenmehrheit ist nach den Forderungsbeträgen zu berechnen. Bei Gleichheit der Summen entscheidet die Zahl der Gläubiger.

[1]) Vgl. Fitting S. 261 § 30 Anm. 24; Stieglitz S. 442; v. Völderndorff Bd. II. S. 103; v. Wilmowski S. 290. A. M. Willenbücher S. 141 Nr. 3.

[2]) Vgl. Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 104; Wengler S. 455 Nr. 4.

§ 87.

Zur Teilnahme an den Abstimmungen berechtigen die festgestellten Konkursforderungen. In Ansehung einer streitig gebliebenen Forderung wird bei der Prüfung mit den Parteien erörtert, ob und zu welchem Betrage ein bleibendes Stimmrecht für dieselbe zu gewähren ist. In Ermangelung einer Einigung entscheidet das Konkursgericht. Das Gericht kann die Entscheidung auf den weiteren Antrag einer Partei abändern.

Ob und zu welchem Betrage nicht geprüfte Konkursforderungen zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidungen findet nicht statt.

§ 88.

Ob und zu welchem Betrage Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, in Ansehung ihres mutmasslichen Ausfalls, sowie Konkursforderungen unter aufschiebender Bedingung zum Stimmen in einer Gläubigerversammlung berechtigen, entscheidet auf den Widerspruch eines Konkursgläubigers oder des Verwalters das Gericht.

Eine Anfechtung der Entscheidung findet nicht statt.

§ 89.

Gezählt werden nur die Stimmen der in der Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger. Die nicht erschienenen Gläubiger sind an die Beschlüsse gebunden.

§ 90.

Der Gegenstand, über welchen in der Gläubigerversammlung ein Beschluss gefasst werden soll, muss bei der Berufung derselben öffentlich bekannt gemacht werden.

§ 91.

Das Gericht hat die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses auf den in der Gläubigerversammlung gestellten Antrag des Verwalters oder eines überstimmten

Gläubigers zu untersagen, wenn der Beschluss dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht.
(E. § 85—91; M. S. 313—317; K. S. 68—70.)

I. Befugnisse der Gläubigerversammlung. — Berufung derselben.
(§§ 85 und 90.)

1) Der Gläubigerausschuss entlastet die Gesamtheit der Gläubiger zwar im allgemeinen von der Überwachung der laufenden Verwaltung und der Beaufsichtigung des Verwalters. Doch wurde der Gläubigerversammlung, welche zugleich dazu dient, den einzelnen Gläubigern Gelegenheit zur Bestreitung von Forderungen und zu Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis oder die Schlussrechnung des Verwalters zu geben (§§ 78, 130, 132, 150) immerhin eine umfangreiche Thätigkeit vorbehalten. Diese lässt sich unter folgende drei Gesichtspunkte bringen:

a. Bestimmung der Verwaltungsorgane durch Wahl des Ausschusses (§ 79 Abs. 2), Vorschlag eines neuen Verwalters (§ 72), Antrag auf Entlassung des bisherigen Verwalters (§ 76) und Enthebung von Mitgliedern des Gläubigerausschusses (§ 84);

b. allgemeine Anordnungen und Entscheidungen, nämlich: Beschlussfassung über die den Ausschussmitgliedern zu gewährende Vergütung (§ 83) und über Fortführung oder Schliessung des Geschäfts (§ 120 Abs. 1), Anordnungen über die Art der Hinterlegung von Wertgegenständen (§ 120 Abs. 1) sowie über die Berichterstattung und Rechnungslegung durch den Verwalter (§ 120 Abs. 2), Entscheidung über die dem Gemeinschuldner zu gewährende Unterstützung (§ 120 Abs. 2), Anordnungen betr. die Form der Quittungen (§ 125), Beschlussfassung über den Zwangsvergleich (§ 169), über die nicht verwertbaren Massegegenstände (§ 150) und über die Einlegung von Beschwerden gegen Beschlüsse des Konkursgerichtes (Bem. III. 4 zu § 66 S. 315);

c. Beschlussfassung über einzelne Verwaltungshandlungen in Fällen der §§ 122 und 123 Abs. 2, sowie in solchen Fällen, in welchen ein Beschluss des Gläubigerausschusses nicht zustande kommt. (Bem. IV. zu §§ 79 ff. S. 347.) Ausserhalb dieses Wirkungskreises, welcher sich aus den gesetzlichen Vorschriften ergiebt, darf sich die Gläubigerversammlung nicht in die Verwaltung einmischen. Insbesondere steht derselben nicht das Recht zu, dem Verwalter, der nicht ihr Organ ist (Bem. II. 1 zu § 5), bindende Anweisungen zu erteilen, z. B. anzuordnen, dass derselbe die Geschäftsbücher durch Sachverständige prüfen lasse.[1])

Soweit die Gläubigerversammlung in der angegebenen Weise thätig wird, erscheint sie als ein besonderes Organ im Konkursverfahren und vertritt insofern die Interessen sämtlicher Gläubiger, welche an die in der Gläubigerversammlung gefassten Beschlüsse gebunden sind. (Bem. IV.) Es wird aber dadurch nichts an dem von der Konkursordnung festgehaltenen Grundsatze geändert, dass die Gläubigerschaft als solche nicht eine selbständige Körperschaft bildet, sondern zwischen den am Verfahren beteiligten Gläubigern nur eine thatsächliche Gemeinschaft besteht. (Bem. I. 2 zu § 2.) Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich die Beschlüsse der Gläubigerversammlung für entscheidend erklärt, haben etwaige Vereinbarungen der Gläubiger, welche sich zur Beratung über ihre Interessen versammeln, keine rechtliche Bedeutung. Auch innerhalb der vom Gesetze gezogenen Grenzen können die Beschlüsse einer Gläubigerversammlung aber nur dann die im Gesetze bestimmten Wirkungen haben, wenn dieselbe vom Gerichte in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise berufen wurde und unter Leitung desselben getagt hat. Wird die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses untersagt oder die Ernennung des gewählten Verwalters verweigert, so steht jedem Gläubiger, der bei dem Beschlusse mitgewirkt hat, das Recht der

[1]) Ldg. Dresden 29. Dez. 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 190.

Beschwerde zu (Bem. III. 4 zu § 66). Dass die Gläubigerversammlung als solche beschliesst, es sei Beschwerde zu erheben, und mit Durchführung derselben einzelne Gläubiger beauftragt, muss als zulässig angesehen werden. In solchen Fällen kann jedoch die Beschwerde nicht im Namen der Gläubigerversammlung als solcher erhoben werden, welche nicht Rechtssubjekt, folglich auch nicht parteifähig ist. Vielmehr ist dieselbe namens der einzelnen als Beschwerdeführer auftretenden Gläubiger zu erheben, welche entweder die Beschwerdeschrift oder die Vollmacht des gemeinsamen Vertreters zu unterzeichnen haben.[1] Den als Beschwerdeführer auftretenden Gläubigern sind, wenn die Beschwerde erfolglos bleibt, nach § 92 Abs. 1 der C.-P.-O. die Kosten aufzuerlegen. Auch trifft sie die Verpflichtung zur Zahlung der Gerichtsgebühren. (§§ 45, 46 und 57 G.-K.-G.) Beschliesst die Gläubigerversammlung nicht, dass Beschwerde eingelegt werden soll, so wird dadurch das Beschwerderecht der einzelnen Konkursgläubiger nicht berührt. Ja auch dadurch kann dieses Recht nicht ausgeschlossen werden, dass die Gläubigerversammlung beschliesst, es sei Beschwerde nicht einzulegen.[2] Stimmt diese Versammlung nachträglich der auf Grund des § 91 getroffenen Verfügung des Gerichtes zu, so haben die überstimmten Gläubiger das Recht, nun ihrerseits die Untersagung der Ausführung des Beschlusses zu beantragen und gegen einen zurückweisenden Beschluss Beschwerde zu erheben.

2) Die Gläubigerversammlung muss, abgesehen von dem Falle der Vertagung, von dem Gerichte durch öffentliche Bekanntmachung berufen werden (§ 85 Abs. 2); der Gegenstand der Verhandlung muss aus der Bekanntmachung ersichtlich sein (§ 90) und die Verhandlung selbst unter Leitung des Gerichtes stattfinden (§ 86 Abs. 1). Die öffentliche Bekanntmachung der Versammlung und ihres Zweckes ist vorgeschrieben, damit jeder Beteiligte in den Stand gesetzt werde, an der Versammlung teilzunehmen und sich auf dieselbe vorzubereiten; die Leitung des Gerichtes ist angeordnet mit Rücksicht auf die Erledigung von Streitigkeiten über die Berechtigung zur Teilnahme und auf die urkundliche Feststellung der Ergebnisse. Eine Versammlung, bei welcher diese Voraussetzungen nicht vorliegen, kann für ihre Verhandlung keinerlei rechtliche Wirkungen in Anspruch nehmen. Die Berufung einer Gläubigerversammlung ist für eine Reihe von Fällen in der Konkursordnung ausdrücklich vorgeschrieben (§§ 102, 150, 166); sie kann ausserdem jederzeit von Amts wegen geschehen und muss erfolgen, soweit die Gläubigerversammlung gehört werden muss (§ 122), oder wenn darauf vom Verwalter oder vom Gläubigerausschusse oder von einer erheblichen Anzahl von Konkursgläubigern angetragen wird. (§ 85.) Es müssen fünf Konkursgläubiger den Antrag stellen, deren Forderungen zusammen ein Fünftel aller Konkursforderungen betragen. Soweit die Forderungen noch nicht geprüft sind, muss der Konkursrichter alle Forderungen abschätzen und darnach feststellen, ob dem gesetzlichen Erfordernisse genügt ist. Gegen diese Abschätzung findet eine besondere Beschwerde nicht statt. Wenn die Zurückweisung des Antrages nach § 66 durch Beschwerde angefochten wird, hat das Beschwerdegericht aber zu prüfen, ob mit Recht angenommen wurde, dass die Forderungen der Beschwerdeführer nicht den fünften Teil der Schuldenmasse erreichten. Die Befugnis des Beschwerdegerichtes zur Nachprüfung der Schätzung kann nicht auf Grund der §§ 87 Abs. 3 und 88 Abs. 2 bestritten werden, weil es sich hier nicht um die Stimmberechtigung handelt und die erwähnten Vorschriften nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen.[3]

Wenn die Gläubigerversammlung an dem festgesetzten Tage nicht stattfinden kann, so hat das Konkursgericht den Termin zu verlegen. Ebenso ist es Sache des Gerichtes, wenn die festgesetzte Tagesordnung nicht in dem bestimmten Termine erledigt werden kann,

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 437; v. Völderndorff Bd. II. S. 110 Anm. 5; Willenbücher S. 142 Nr. 1; v. Wilmowski S. 292. A. M. Hullmann S. 223.

[2]) Vgl. die in Anm. 1 angeführten Werke.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 535 Nr. 2; Willenbücher S. 142 Nr. 5. A. M. sind Fitting S. 264 § 31 Anm. 11; v. Völderndorff Bd. II. S. 114, 115; Wengler S. 461 a. E.; v. Wilmowski S. 293 Nr. 3.

einen neuen Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen. Dies ergiebt sich aus § 206 der C.-P.-O., der nach § 65 hier entsprechende Anwendung findet. Die Befugnisse, welche der erwähnte § dem Gerichte einräumt, stehen im Konkursverfahren dem Konkursgerichte, nicht der Gläubigerversammlung zu. Letztere hat im allgemeinen aber darüber zu beschliessen, ob und in welcher Weise sie die Tagesordnung erledigen, d. h. ob sie in Ansehung der einzelnen Fragen sachliche Beschlüsse fassen oder einzelne Punkte unerledigt lassen will. Beschliesst die Gläubigerversammlung, dass die Verhandlung ausgesetzt werden soll, so ist es Sache des Richters, den Termin hiefür zu bestimmen. Derselbe kann aber auch anordnen, dass die Verhandlung an demselben Tage fortzusetzen sei. Beschliesst die Gläubigerversammlung, die Tagesordnung überhaupt nicht zu erledigen, so kann das Gericht, wenn es die Nichterledigung (z. B. des Prüfungstermines) für ungesetzlich hält, zur Fortsetzung der Verhandlung einen neuen Termin anberaumen, zumal dasselbe nach § 85 befugt ist, jederzeit eine neue Gläubigerversammlung zu berufen. Dagegen kann das Konkursgericht nicht gegen den Willen der Gläubigerversammlung beschliessen, dass die Tagesordnung überhaupt nicht erledigt werden solle. Nur die Verlegung oder Vertagung des Termines, nicht ein Eingreifen in die materielle Erledigung, steht demselben zu.[1]) Die Vorschrift des § 85 Abs. 2, nach welcher im Falle der Vertagung eine öffentliche Bekanntmachung nicht erforderlich ist, hat in der Erwägung ihren Grund, dass im Falle der Vertagung gleichzeitig ein neuer Termin angesetzt werde, und kann nur unter dieser Voraussetzung Anwendung finden. In diesem Sinne wurde in der Reichstagskommission bemerkt: „Wenn ein Termin nicht gleichzeitig angesetzt worden sei, müsse natürlich öffentliche Bekanntmachung stattfinden. Im übrigen schlügen hier die Vorschriften der §§ 195 und 205 ff. C.-P.-O. ein.“ (K. S. 68.) Auch falls bei der Vertagung gleichzeitig ein neuer Termin festgesetzt wurde, darf übrigens die Bekanntmachung nur dann unterbleiben, wenn der Gegenstand der Beschlussfassung derselbe bleibt. Wird gleichzeitig mit der Vertagung beschlossen, dass in der spätern Versammlung noch über andere Gegenstände Beschluss gefasst werden soll, so müssen diese Gegenstände nach § 90 bekannt gemacht werden und muss mit Rücksicht darauf eine neue Einladung der Gläubiger erfolgen. Eine spätere Versammlung könnte über die erst im Termine vorgeschlagenen Beratungsgegenstände ohne vorherige Bekanntmachung ebensowenig gültige Beschlüsse fassen, als diejenige, in welcher die neue Tagesordnung festgesetzt wurde.[2]) Die Vorschrift des § 90 muss auch zur Anwendung kommen, soweit die Konkursordnung ausdrücklich vorschreibt, dass in einer bestimmten (z. B. der ersten) Gläubigerversammlung über gewisse Gegenstände Beschluss zu fassen ist. Die Gläubiger haben ein Recht auf die Mitteilung des Beratungsgegenstandes. Auch kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass dieselben von den Vorschriften der Konkursordnung genaue Kenntnis haben.[3])

Die Tagesordnung wird regelmässig gleichzeitig mit dem Verhandlungstermine bekannt gegeben werden. Eine nachträgliche Ergänzung derselben ist nicht ausgeschlossen. Dieselbe muss jedoch so zeitig bekannt gemacht werden, dass auswärtige Gläubiger, welche der neue Gegenstand bestimmen kann, an der Verhandlung teilzunehmen, noch in der Lage sind, sich an der Versammlung zu beteiligen bezw. für einen Vertreter zu sorgen. (Bem. II. 3 S. 355.)[4]) Eine besondere Zustellung ist, abgesehen von dem in § 103 vorgesehenen Falle, weder in Ansehung der Terminbestimmung noch bezüglich der Tagesordnung geboten. Die

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 566 Nr. 4; Stieglitz S. 446; v. Völderndorff Bd. II. S. 111, 112; v. Wilmowski S. 293 Nr. 5.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 439; v. Sarwey S. 571; Stieglitz S. 451; v. Völderndorff Bd. II. S. 142; Wengler S. 471; Willenbücher S. 143 Nr. 6; v. Wilmowski S. 298.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 142.

[4]) Vgl. Stieglitz S. 451; v. Völderndorff Bd. II. S. 143 lit. c.

einzelnen Beratungsgegenstände sind so genau zu bezeichnen, dass es den Gläubigern möglich ist, die Wichtigkeit des Gegenstandes zu erkennen und Erkundigungen darüber einzuziehen.[1])

II. Leitung der Versammlung. Beschlussfassung. (§§ 86 und 89.)

1) Zur Leitung der Gläubigerversammlung, welche sowohl die Leitung der Verhandlung als die Handhabung der Sitzungspolizei umfasst, ist nur das Gericht berechtigt. Es hat sonach, da die Vorschriften der C.-P.-O. über die Leitung der Verhandlung insbesondere die des § 127 entsprechende Anwendung finden (Bem. 1 und 2 zu § 65), der Amtsrichter die Versammlung zu eröffnen und zu schliessen, sowie das Wort zu erteilen und nötigen Falls zu entziehen. Ebenso hat derselbe für eine erschöpfende Erörterung der auf der Tagesordnung stehenden Fragen Sorge zu tragen und erforderlichen Falles die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung zu bestimmen. Weiter ist dem Richter die Aufrechterhaltung der Ordnung in der Versammlung übertragen. Derselbe kann hiernach die hierzu erforderlichen Anordnungen treffen und, wenn denselben zuwidergehandelt wird, die in §§ 177 ff. G.-V.-G. vorgesehenen Strafen verhängen. Diese Vorschriften haben unmittelbare Anwendung zu finden. (Vgl. Bem. 4 zu § 65.) Wollte man die Gläubigerversammlung nicht als Gerichtssitzung gelten lassen, so würde § 182 G.-V.-G. immerhin die Anwendung der §§ 177 ff. rechtfertigen.[2]) Endlich ist es Sache des Gerichtes, für eine protokollarische Feststellung der in der Versammlung gestellten Anträge und der gefassten Beschlüsse gemäss §§ 145 ff. C.-P.-O. zu sorgen. (Bem. 1 und 2 zu § 65.) Die in der Reichstagskommission gestellte Frage, ob die Verhandlung öffentlich sein solle, wurde von Hagens mit Recht verneint, weil § 170 G.-V.-G. nur bestimme, dass die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte in öffentlicher Sitzung erfolgen müsse. „Die Konkursordnung kenne solche Verhandlungen nicht, habe kein erkennendes Gericht und kein Urteil. Von einer Öffentlichkeit könne daher nur insoweit die Rede sein, als jeder Gläubiger, jeder Interessent Zutritt habe. Dem allgemeinen Publikum sei ein Recht auf Zutritt nicht gegeben." (K. S. 68, 69.) Die Öffentlichkeit ist zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen, aber auch nicht vorgeschrieben. Deshalb brauchen sich die Gläubiger nicht gefallen zu lassen, dass ganz unbeteiligte Personen ihrer Versammlung beiwohnen. Eine andere Frage ist diejenige, welche Personen als Beteiligte anzusehen sind, insbesondere ob ausser den stimmberechtigten Konkursgläubigern auch andere Personen, z. B. Massegläubiger, Aussonderungs- und Absonderungsberechtigte, sowie Gläubiger, denen das Stimmrecht versagt wurde, zur Versammlung zuzulassen sind. Ein Recht auf Teilnahme an der Versammlung ist diesen Personen nicht zuzugestehen, da sie nicht bezüglich aller Beratungsgegenstände als Beteiligte angesehen werden können, auch aus § 87, der lediglich die Befugnis zur Teilnahme an der Abstimmung regelt, nicht gefolgert werden kann, dass alle Personen, welchen ein Stimmrecht nicht zusteht, der Versammlung beiwohnen dürfen. Vielmehr hat der Konkursrichter nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob eine der genannten Personen zuzulassen ist. (Bem. 4 zu § 65 S. 311.) Dasselbe gilt von solchen Personen, deren Forderung bestritten wird oder denen gegenüber das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll.[3]) Den Mitgliedern des Gläubigerausschusses wird das Recht, der Versammlung beizuwohnen, auch dann nicht bestritten werden dürfen, wenn sie nicht Konkursgläubiger sind.[4]) Der Gemeinschuldner hat jedenfalls das Recht, allen Gläubigerversammlungen beizuwohnen. Auch wird diesem wie den stimmberechtigen Gläubigern das Recht zustehen, einen Beistand in die Versammlung mitzubringen. (§ 96 C.-P.-O.)

[1]) Vgl. Meves S. 106; v. Völderndorff Bd. II. S. 140; Wengler S. 471; Willenbücher S. 146; v. Wilmowski S. 297 a. E.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 118 Anm. 1.

[3]) Vgl. v. Wilmowski S. 295. A. M. sind anscheinend Fitting S. 265 § 31 Anm. 14 und v. Völderndorff Bd. II. S. 126 Anm. 3.

[4]) Vgl. Fitting S. 265 § 31 Nr. III.; v. Wilmowski S. 295.

2) Damit ein gültiger Beschluss zustande kommt, wird in der Regel vorausgesetzt, dass derselbe mit absoluter Mehrheit gefasst worden ist. Nur wenn es sich um die Wahl des Gläubigerausschusses handelt, dessen Bestellung möglichst erleichtert werden soll, genügt relative Stimmenmehrheit. Dies gilt aber nur, wenn es sich um die Wahl selbst, nicht wenn es sich um die Entlassung eines Mitgliedes oder um die Frage handelt, ob überhaupt ein Ausschuss bestellt werden soll. Ob nach Köpfen abgestimmt werden oder der Betrag der Forderungen entscheidend sein oder ein Zusammentreffen von Personen- und Summenmehrheit gefordert werden solle, wurde bei Aufstellung des Entwurfes erwogen. Man entschied sich im wesentlichen für die Notwendigkeit der Summenmehrheit, weil sich das Interesse wie das Recht der Teilnahme der Gläubiger am Verfahren durch die Höhe der Forderungen bestimme und deshalb die Überstimmung der kleinen Gläubiger durch die grossen Summen eine geringere Härte sei als die Überstimmung der grossen Gläubiger durch die Mehrheit der Köpfe. (M. S. 316.) Bei der Berechnung der Summenmehrheit werden alle Konkursforderungen einschliesslich derjenigen der bevorrechtigten Gläubiger, aber auch nur die Konkursforderungen berücksichtigt. Bilden sich in Beziehung auf Summen, über welche zu entscheiden ist, z. B. hinsichtlich der Frage, ob dem Gemeinschuldner ein Unterhaltsbeitrag gewährt werden und in welcher Höhe derselbe bemessen werden soll, mehr als zwei Meinungen, von denen keine die Mehrheit für sich hat, so hat nicht ohne weiteres § 198 des G.-V.-G. Anwendung zu finden, da diese Vorschrift nur für die Abstimmungen der Gerichte gilt, und nicht ohne weiteres für Verwaltungsmassregeln bezw. Verfügungen über die Masse passt. Nur soweit der in derselben aufgestellte Grundsatz sich aus der Natur der Sache ergiebt, d. h. die Vermutung zutrifft, dass der Gläubiger, welcher für die höhere Summe stimme, lieber diese als nichts wolle, ist so zu verfahren, wie es § 198 G.-V.-G. für die gerichtlichen Abstimmungen vorschreibt.[1]) Dies ist jedoch keineswegs überall der Fall. Die entsprechende Anwendung des erwähnten Grundsatzes wird sich im allgemeinen in der Weise durchführen lassen, dass bei Erwerbungen für die Masse angenommen wird, durch Zustimmung zur niedrigeren Summe werde immer auch die Entgegennahme des höhern Betrages genehmigt; dagegen verhalte es sich umgekehrt bei Ausgaben, welche aus der Masse bestritten werden sollen. Soll eine derartige Ausgabe gemacht werden, so erklärt derjenige, welcher dafür stimmt, einen höhern Betrag zu bewilligen, sich hierdurch stillschweigend damit einverstanden, dass eine niedrigere Summe ausgegeben wird, denn dadurch wird der Masse eine Ausgabe erspart. Handelt es sich dagegen um die Frage, welche Gegenleistung der Verwalter für eine seinerseits zu bewirkende Leistung verlangen soll, so muss angenommen werden, dass derjenige, welcher mit einer niedrigeren Gegenleistung zufrieden ist, auch für den Fall die Leistung (z. B. die Veräusserung eines Grundstückes) genehmigen will, dass auf einer höhern Gegenleistung, z. B. einem höhern Kaufpreise, bestanden werden soll.[2]) Dies gilt jedoch nur für diejenigen Fälle, in welchen die Meinungsverschiedenheit sich lediglich auf die Summe bezieht, welche ausgegeben bezw. verlangt werden soll, dagegen Einverständnis darüber besteht, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft abgeschlossen bezw. eine bestimmte Ausgabe geleistet werden soll. Wenn ein Gläubiger für den Verkauf an eine bestimmte Person zu einer niedrigeren Summe stimmt, aber an eine andere Person wegen angenommener Zahlungsunfähigkeit überhaupt nicht verkaufen will, so stimmt er deshalb nicht dafür, dass dieser Person wenigstens um einen höhern Preis verkauft werde. Lässt sich eine Mehrheit bei Meinungsverschiedenheit über eine Summe auf die angegebene Weise nicht herstellen, so wird die Abstimmung über die verschiedenen Beträge, bei welchen über den weitestgehenden zuerst abzu-

[1]) Vgl. Fitting S. 268 § 31 Anm. 26; v. Sarwey S. 567 Anm. *; Wengler S. 463. A. M. Stieglitz S. 447, welcher den Grundsatz des § 198 G.-V.-G. unbeschränkt anwendet.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 122; Willenbücher S. 144; v. Wilmowski S. 295.

stimmen ist, solange zu wiederholen sein, bis sich für eine bestimmte Summe eine Mehrheit ergiebt. Sofern über die Zahl der Mitglieder des zu wählenden Gläubigerausschusses eine Meinungsverschiedenheit besteht, kann weder angenommen werden, dass wer mit einer niedrigeren Zahl zufrieden ist, auch die höhere Zahl annimmt, noch ist die umgekehrte Annahme gerechtfertigt, denn es kann ein Gläubiger ebensowohl die Ansicht vertreten, die Zahl der Ausschussmitglieder solle möglichst klein sein, als sie könne nicht zu gross sein, und ebenso annehmen, es sei besser, gar keinen Ausschuss zu wählen, als einen solchen, der zu klein oder zu gross sei. In dem seltenen Falle der Summengleichheit hat die Kopfzahl den Ausschlag zu geben. Besondere, von denen des § abweichende, Vorschriften gelten, soweit es sich um die Annahme eines Zwangsvergleiches handelt. (§ 169.)

3) Bei der Berechnung der Mehrheit sind nach § 89, welcher dem Konkursverfahren die Vorteile der mündlichen Verhandlung sichern soll, nur die Stimmen der in Person oder durch einen Bevollmächtigten erschienenen Gläubiger zu berücksichtigen. (§ 89.) Die Vollmacht des Vertreters ist von Amts wegen zu prüfen. (§ 84 Abs. 2 der C.-P.-O.) Die einstweilige Zulassung eines Vertreters ohne Vollmachtsnachweis darf in entsprechender Anwendung des § 85 C.-P.-O. nur erfolgen, wenn die Ausführung des Beschlusses eine Verzögerung verträgt und die Ungewissheit über das Ergebnis der Abstimmung, welche eintritt, weil der gefasste Beschluss erst nach Ablauf der Frist für die Beibringung der Vollmacht Gültigkeit erlangt, nicht die Fortsetzung der Verhandlung und Abstimmung verhindert. Dies kann aber sehr leicht der Fall sein. So kann z. B., solange nicht feststeht, ob ein Gläubigerausschuss gewählt werden soll, auch nicht über die Mitgliederzahl abgestimmt und zur Wahl der Ausschussmitglieder geschritten werden. Mit Rücksicht darauf wird es sich in der Regel nicht empfehlen, von der durch § 85 C.-P.-O. eingeräumten, in das Ermessen des Gerichtes gestellten Befugnis Gebrauch zu machen.[1]) Schriftliche Erklärungen nicht vertretener Gläubiger können nicht beachtet werden. Auch wenn ein Gläubiger erschienen ist, sich aber der Abstimmung enthält, muss seine Stimme bezw. seine Forderung bei Berechnung der Summe, welche die absolute Mehrheit bildet, ausser Acht gelassen werden. Im § 89 wird zwar nicht, wie in § 82, ausdrücklich gesagt, dass nur die „abgegebenen" Stimmen in Betracht kommen. Es ist jedoch nicht anzunehmen, dass in den beiden §§ die absolute Mehrheit verschieden berechnet werden soll. Vielmehr wurde offenbar übersehen, hier einen ähnlichen Zusatz zu machen, wie er bei § 82 erfolgte, ohne dass dadurch der Sinn geändert wurde. (Bem. IV. zu §§ 79 ff.) In den Motiven (S. 316) wurde ausdrücklich bemerkt, dass nur „die im Termine persönlich oder durch legitimierte Vertreter abgegebenen Stimmen" zählen sollen. Auch spricht der Grund des Gesetzes (Bem. IV.) in derselben Weise für die Nichtberücksichtigung der nichtstimmenden, wie für die der nichterschienenen Gläubiger. Auch von ihnen ist anzunehmen, dass sie sich den Mehrheitsbeschlüssen der an der Abstimmung teilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen.[2]) Ist durch die wirklich abgegebenen Stimmen eine Mehrheit, wie sie das Gesetz voraussetzt, nicht erzielt worden, z. B. Stimmengleichheit vorhanden oder eine absolute Mehrheit nicht gegeben, so kann dieselbe hienach nicht dadurch herausgerechnet werden, dass die Stimmen der Gläubiger berücksichtigt werden, welche an der Abstimmung nicht teilgenommen haben. Es liegt dann ein Beschluss überhaupt nicht vor und sind auch die abstimmenden Gläubiger nicht an ihre Abstimmung gebunden.

1) Vgl. v. Sarwey S. 571; Stieglitz S. 450; v. Völderndorff Bd. II. S. 138, 139; Wengler S. 470 Nr. 2; Willenbücher S. 146 Nr. 3; v. Wilmowski S. 297, welche zum Teil die einstweilige Zulassung unbedingt ausschliessen.

2) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 446; Fitting S. 269 § 31 a. E.; v. Sarwey S. 571; v. Völderndorff Bd. II. S. 123; Willenbücher S. 145 Nr. 1; ferner das auf die Aktiengesellschaft bezügliche Urteil des R.-G. (II.) vom 9. März 1888, Entsch. Bd. XX. S. 140 ff.

III. Stimmberechtigung der Gläubiger. (§§ 87 und 88.)

1) Das Recht der Teilnahme an der Gläubigerversammlung steht nur den stimmberechtigten „Konkursgläubigern" (Bem. II.—IV. zu § 2) sowie dem Verwalter, dem Gemeinschuldner und den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zu. (§§ 78, 92, 123, 129, 167.) Die Aussonderungsberechtigten, Massegläubiger, nicht stimmberechtigten Konkursgläubiger u. s. w. können zwar, soweit sie als Beteiligte anzusehen sind, zur Versammlung zugelassen werden, haben aber kein unbedingtes Recht darauf. (Bem. II. 1. S. 353.) An der Abstimmung können nur Konkursgläubiger teilnehmen. Auch die Absonderungsberechtigten, deren Teilnahmerecht durch § 88 besonders geregelt wird (Bem. III. 7 S. 359), haben nur insoweit Anspruch auf Teilnahme an der Versammlung, als sie Konkursgläubiger sind. (Bem. 1—3 zu § 57.) Diesen Gläubigern wurde ein unbedingtes Stimmrecht nur insoweit eingeräumt, als ihre Forderungen festgestellt d. h. in dem Konkursverfahren zur Prüfung gelangt und entweder unstreitig geblieben oder dadurch unstreitig geworden sind, dass ein erhobener Widerspruch durch Zurücknahme oder Vergleich oder durch einen besondern Prozess beseitigt worden ist. (§ 132.) Die streitig gebliebenen Forderungen, mag ihre Feststellung betrieben werden oder nicht, konnte man nicht unbedingt zulassen, ohne Gefahr zu laufen, die wichtigsten Angelegenheiten durch offenbar unberechtigte Personen entschieden zu sehen. Andererseits wäre eine absolute Ausschliessung streitiger Forderungen ebenso bedenklich gewesen, da sie ohne allen rechtlichen Grund bestritten sein können. Man musste deshalb nach einem vermittelnden Auswege suchen und dieser wurde in dem freien Ermessen des Gerichtes gefunden. (M. S. 314.) Dass unter den „festgestellten" Forderungen nicht solche Forderungen gemeint sind, welche durch rechtskräftige Entscheidung anerkannt wurden, sondern der Ausdruck in dem Sinne zu verstehen ist, in welchem er in § 132 gebraucht wird, sollte nach einem Beschlusse der Reichstagskommission dadurch klargestellt werden, dass vor „festgestellten Forderungen" die Worte: „im Konkursverfahren" eingeschaltet wurden. Die Redaktionskommission wählte dann die jetzige Fassung („festgestellte Konkursforderungen"), welche offenbar auf § 132 verweisen soll. (K. S. 70.) Ob die „festgestellten" Forderungen bevorrechtigt sind oder nicht, ist einerlei. Sofern die mit einem Vorrechte versehene Forderung nicht beanstandet wird, hat der Gläubiger ebensogut Anspruch auf Teilnahme, wie wenn das Vorrecht nicht bestände. (K. S. 68.) Er kann nicht deshalb zurückgewiesen werden, weil er vollständig befriedigt werde und somit kein gegenwärtiges Interesse an der Sache habe. Eine unbestrittene Forderung gewährt immer ein Stimmrecht. Dieses kann weder vom Richter, der nach den §§ 87 und 88 nur ein Stimmrecht, das an sich nicht begründet wäre, verleihen darf, noch von der Gläubigerversammlung entzogen werden. Nur wenn eine vollständige Befriedigung stattgefunden hat, der Bevorrechtigte also nicht mehr Konkursgläubiger ist, kann er nicht mehr an der Gläubigerversammlung teilnehmen.[1])

2) Bezüglich der nicht festgestellten Forderungen wird in § 87 unterschieden, ob sie bei der Prüfung streitig geblieben oder noch gar nicht geprüft worden sind. In dem einen wie in dem andern Falle muss der Gläubiger mit seiner ganzen Forderung zur Abstimmung zugelassen werden, wenn von keiner Seite Widerspruch hiergegen erhoben wird. Ferner hat, wenn ein solcher Widerspruch erfolgt, immer das Gericht darüber zu entscheiden, ob und zu welchem Betrage ein Stimmrecht zu bewilligen ist. Das Verfahren und die Wirkung des ein Stimmrecht gewährenden Beschlusses ist jedoch in den beiden Fällen verschieden. Wenn es sich um eine nicht geprüfte Forderung handelt, kommt es nur darauf an, ob ein Konkursgläubiger oder der Verwalter gegen die Zulassung Widerspruch erhebt. Ist dies der Fall, so findet eine Vereinbarung über das Stimmrecht nicht statt. Vielmehr

[1]) Vgl. Fitting S. 266 § 31 Anm. 19; v. Sarwey S. 569; v. Völderndorff Bd. II. S. 128; Wengler S. 465 Nr. 1a; Willenbücher S. 144; v. Wilmowski S. 295 Nr. 1. A. M. Hullmann S. 233.

entscheidet das Gericht über die Frage der Zulassung nach allen Richtungen hin ganz frei. Die Entscheidung wirkt aber nur für diejenige Versammlung, in welcher der Widerspruch erhoben worden ist. Steht eine streitig gebliebene Forderung in Frage, so ist bei Gelegenheit der Prüfung zwischen den streitenden Teilen, d. h. zwischen dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, und den Personen, von welchen die Bestreitung ausgeht (§ 132), zugleich über die Frage zu verhandeln, ob und in welcher Weise der Gläubiger zur Abstimmung berechtigt ist. Kommt eine Einigung zustande, so ist dieselbe für die Beteiligten und für das Gericht bindend. Dieselbe bleibt in Kraft, solange die Forderung streitig ist, d. h. bis zu dem Zeitpunkte, in welchem rechtskräftig festgestellt ist, ob und für welchen Betrag die Forderung zu Recht besteht. Den Gläubigern, welche an dem Streite über das Bestehen oder die Höhe der Forderung nicht beteiligt sind, steht ein Recht des Widerspruchs nicht zu. Sie sind nicht „Parteien" im Sinne des § 87 Abs. 1. In Ermangelung einer Einigung soll der Richter unter dem unmittelbaren Eindrucke der Prüfungsverhandlungen und der von den Beteiligten etwa beigebrachten Beweise und Bescheinigungen eine angemessene Entscheidung treffen, durch welche die notwendige Grundlage für alle spätern Verhandlungen gewonnen und ein besonderes, lediglich auf den Zwangsvergleich berechnetes Zwischenverfahren überflüssig wird. (M. S. 315.) In diesem Sinne spricht die Konkursordnung (§ 87 Abs. 1) von einem „bleibenden" Stimmrecht.

3) Eine spätere Abänderung der den derzeitigen Umständen entsprechend getroffenen Entscheidung auf den weitern Antrag einer Partei und auf Grund neuen Vorbringens insbesondere veränderter Umstände ist zulässig, die Änderung von Amts wegen jedoch ausgeschlossen. Aus der Möglichkeit einer Abänderung der getroffenen Entscheidung ergiebt sich, dass für eine bestrittene Forderung, welcher das Stimmrecht im Prüfungstermine versagt wurde, dasselbe später auf Antrag zugestanden werden kann. Ist die Frage, ob für eine solche Forderung ein Stimmrecht zu gewähren sei, im Prüfungstermine ungeachtet der in § 87 enthaltenen Vorschrift nicht erörtert worden, so muss dem Gläubiger das Recht zustehen, eine solche Erörterung und die Gewährung des Stimmrechtes nachträglich zu beantragen. Diese Erörterung ist nach § 87 vom Konkursrichter „mit den Parteien" vorzunehmen. Ist dies versäumt worden, so darf der Gläubiger darunter nicht leiden; § 87 Abs. 2 trifft auf den erwähnten Fall nicht zu.[1]) Wird ein derartiger Antrag nachträglich gestellt oder die Abänderung des gefassten Beschlusses beantragt, so braucht nicht eine neue Gläubigerversammlung berufen zu werden. Vielmehr sind lediglich die Gegner des Antragstellenden d. h. diejenigen Personen, welche dessen Forderung bestritten haben, zu hören. Eine mündliche Verhandlung ist in denjenigen Fällen geboten, in welchen eine Erörterung des Stimmrechtes nicht stattgefunden hat, denn § 87 sieht eine „mündliche" Erörterung vor, bei welcher eine Vereinbarung (Einigung) erfolgen kann. Die Kosten eines solchen Termines sind nicht dem Gläubiger aufzuerlegen, dessen Stimmrecht in Frage steht, denn § 130 Abs. 3 bezieht sich nicht auf diesen Fall und ist auch nicht entsprechend anzuwenden, weil es Sache des Gerichtes war, die Erörterung anzuregen. In denjenigen Fällen, in welchen die Abänderung des gefassten Beschlusses beantragt wird, bedarf es einer mündlichen Verhandlung nicht. (§ 66 Abs. 1.)[2]) In Beziehung auf den Umstand, dass das Gericht die Entscheidung abändern könne, bemerkte Hullmann in der Reichstagskommission: „Dies sei doch wohl hauptsächlich dahin zu verstehen, dass der Richter die Entscheidung zurückziehen könne, wenn sich der Sachstand geändert habe." Daraufhin bestätigte Hagens zwar, dass zu einer Abänderung meist eine veränderte Sachlage vorausgesetzt werde, bemerkte aber weiter: „diese anzunehmen, stehe jedoch auch im Ermessen des Gerichtes, und darum könne eine Veränderung der Sachlage nicht als gesetzliche Voraussetzung unbe-

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 130 lit. d.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 570 Nr. 7; Stieglitz S. 449 Nr. II.; Wengler S. 468; v. Wilmowski S. 296 Nr. 4.

dingt vorgeschrieben werden. Die Konkursordnung enthalte eine Abweichung von den Vorschriften der C.-P.-O. Nach diesen Vorschriften könne der Richter von seiner Entscheidung im Falle der sofortigen Beschwerde nicht wieder abgehen. Die Konkursordnung sei also milder und dadurch würden alle Unzuträglichkeiten verhindert.“ Mit Rücksicht auf diese Erklärung zog Goldschmidt seinen Antrag, nach welchem die sofortige Beschwerde nur, soweit es sich um nichtgeprüfte Forderungen handelt, ausgeschlossen sein sollte, zurück. (K. S. 69, 70.)

4) Die bezüglich des Stimmrechtes getroffene Entscheidung ist nach § 66 den Beteiligten ungeachtet ihrer Verkündung zuzustellen. (Bem. II. zu § 66.) Daran ändert der Umstand nichts, dass die Anfechtung der Entscheidung ausgeschlossen ist, denn daraus folgt nicht, dass von der Beobachtung einer gesetzlichen Vorschrift abgesehen werden darf; auch hat der Gläubiger, um dessen Stimmrecht es sich handelt, ein Interesse an der Zustellung.[1])

5) Weder durch den Eintritt einer Gesamtrechtsnachfolge noch durch eine Sonderrechtsnachfolge wird das einmal gewährte Stimmrecht geändert, gleichviel ob die Gewährung auf einer Feststellung der Forderung oder auf einer Einigung der Beteiligten oder auf einer richterlichen Entscheidung beruht.[2]) Dagegen kann die Pfändung der Forderung bezw. die Überweisung derselben von Einfluss auf die Ausübung des Stimmrechtes sein. Die Pfändung für sich allein ändert an der gegebenen Sachlage nichts, da der Schuldner, dessen Forderung gepfändet wurde, sich nach § 730 C.-P.-O. zwar jeder Verfügung über die Forderung insbesondere der Einziehung zu enthalten hat, aber dadurch nicht die Befugnis verliert, die Forderung im Konkursverfahren anzumelden und das mit derselben verbundene Stimmrecht auszuüben. Anders liegt die Sache dagegen in Ansehung der Überweisung. Wird die Forderung dem pfändenden Gläubiger an Zahlungsstatt überwiesen, so geht die Forderung auf ihn über (§ 736 Abs. 2 der C.-P.-O.) und er allein hat demgemäss das Stimmrecht bezüglich der ihm nun zustehenden Forderung auszuüben. Erfolgt die Überweisung nur „zur Einziehung“, so bleibt der Schuldner, dessen Forderung gepfändet und überwiesen wurde, zwar Subjekt derselben, da die Forderung durch eine derartige Überweisung nicht aus seinem Vermögen ausgeschieden wird. Aber der pfändende Gläubiger erlangt durch diese Überweisung das Recht, die gepfändete Forderung namens seines Schuldners (als procurator in rem suam) einzuziehen und sich dadurch Befriedigung zu verschaffen.[3]) Wie er allein berechtigt ist, die Forderung einzuklagen und den auf dieselbe im Konkursverfahren treffenden Anteil zu erheben, muss ihm sonach auch das Recht zustehen, das mit demselben verbundene Stimmrecht auszuüben. Ist die ganze Forderung gepfändet, so hat der Gläubiger, auch wenn seine eigene Forderung einen niedrigeren Betrag erreicht, allein das Recht, die angemeldete Forderung geltend zu machen und die Stimme zu führen. Wird durch die Pfändung nur ein Teil der Forderung betroffen, so steht das Stimmrecht in Ansehung des nicht gepfändeten Teils dem Gläubiger (gepfändeten Schuldner) selbst zu.[4])

6) Nach § 87 Abs. 3 findet eine Anfechtung der auf Grund dieses § getroffenen Entscheidungen nicht statt. Es ist sonach die Beschwerde bezüglich derselben ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist jedoch als eine Ausnahme von § 66 streng auf die Fälle zu

1) Vgl. Hullmann S. 233 Nr. 8; v. Sarwey S. 570 Nr. 7; Stieglitz S. 449 Nr. IV.; Wengler S. 469 Nr. 4 lit. c; v. Wilmowski S. 296, 297. A. M. ist Willenbücher S. 145 Nr. 4.

2) Vgl. v. Sarwey S. 568; Willenbücher S. 144.

3) Vgl. R.-G. (II.) 10. Juni 1887 und (I.) 8. Febr. 1888, Entsch. Bd. XVIII. S. 398 ff. und Bd. XX. S. 420 ff.; bayer. oberstes Landesg. 3. Febr. 1881, Buschs Zeitschr.Bd. IV. S. 420 ff., Sammlung Bd. IX. S. 43 ff. und Zeitschr. des bayer. Anwaltsvereins Bd. 21 S. 284 ff.

4) Vgl. Ldg. München 28. Okt. 1880 und bayer. oberstes Landesg. 3. Febr. 1881, Buschs Zeitschr. Bd. IV. S. 420 ff.; Samml. Bd. IX. S. 43 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 978.

beschränken, für welche sie bestimmt ist. Wird durch eine richterliche Entscheidung das auf Grund des § 87 beanspruchte Stimmrecht bewilligt oder versagt, so findet hiegegen Beschwerde nicht statt. Dagegen kommt § 66 Abs. 3 zur Anwendung, wenn der Richter eine Entscheidung über die Gewährung des Stimmrechtes ablehnt; dann ist eine Entscheidung, wie sie § 87 Abs. 3 voraussetzt, nicht gegeben.[1]) Entsteht aus andern als den in diesem § angeführten Veranlassungen, z. B. mit Rücksicht auf die Pfändung der zur Abstimmung berechtigenden Forderung (Bem. III. 5) Streit darüber, ob eine bestimmte Person zur Ausübung des Stimmrechtes befugt ist, so darf § 87 Abs. 3 nicht zur Anwendung gebracht werden. In solchen Fällen ist vielmehr gegen den das Stimmrecht versagenden bezw. die Abstimmung für unwirksam erklärenden Beschluss Beschwerde zulässig.[2])

7) Über das Stimmrecht solcher Gläubiger, deren Forderung von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, oder denen ein Absonderungsrecht zukommt, eine Konkursforderung also nur insoweit zusteht, als sie durch Ausübung des Absonderungsrechtes nicht befriedigt werden (vgl. die Erläuterungen zu den §§ 57 und 60), hat ebenfalls das Gericht zu entscheiden, gleichviel ob die Forderung bereits geprüft oder festgestellt oder ob dieselbe bestritten ist. Jedoch sind diese Ansprüche nicht den streitig gebliebenen, sondern den noch nicht geprüften Forderungen (§ 87 Abs. 2) gleichgestellt; es wird deshalb auch hier das Stimmrecht nicht als ein „bleibendes" festgestellt. „Hier stehen sich nicht Parteien gegenüber, der Widerspruch eines jeden andern Gläubigers kommt daher in Betracht; und hier handelt es sich um eine zeitweilige, vorübergehende Beschaffenheit der Forderung, ihre Stimmberechtigung und die Entscheidung darüber berührt daher nur die gegenwärtige Gläubigerversammlung. Freilich ein thatsächliches Gewicht wird die einmal getroffene Entscheidung auch für künftige Verhandlungen haben; ein rechtliches kommt ihr für diese nicht zu." (M. S. 315.)

IV. Wirkung der gefassten Beschlüsse. Befugnis des Gerichtes, deren Ausführung zu untersagen. (§§ 89 und 91.)

1) Nach § 89 Satz 2 sind die nicht erschienenen Gläubiger ebenso wie diejenigen, welche der Versammlung beiwohnten, sich aber nicht bei der Abstimmung beteiligten oder überstimmt wurden, an die gefassten Beschlüsse gebunden, weil angenommen wird, dass die Ausbleibenden sich den Beschlüssen der an der Versammlung teilnehmenden Gläubiger stillschweigend unterwerfen. (M. S. 316.) Im Interesse der überstimmten und ausgebliebenen Gläubiger wurde aber ein besonderer Schutz gegen solche Beschlüsse der Gläubigerversammlung für notwendig gehalten, welche „dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widersprechen". Diesen Schutz glaubte man nur im Einschreiten des Konkursgerichtes finden zu können, das auf Antrag die Ausführung eines derartigen Beschlusses untersagen kann. Das Gericht soll sich zwar nicht in die Verwaltung einmischen. Aber es kann angerufen werden zur Entscheidung über widersprechende Interessen und darf die Ausführung des Mehrheitsbeschlusses untersagen, wenn derselbe geradezu das gemeinsame Interesse aller Beteiligten verletzt. Zur Sicherheit der Mehrheit verlangt andererseits § 91, dass der Antrag auf richterliche Entscheidung noch in der Gläubigerversammlung gestellt werde. (M. S. 317.) Dass ausser den überstimmten Gläubigern auch der Verwalter zum Antrag berechtigt ist, wurde im Interesse der abwesenden Gläubiger vorgeschrieben. (M. a. a. O.) Der Antrag muss „in der Gläubigerversammlung" und zwar mündlich von dem Antragsberechtigten oder einem mit Vollmacht versehenen Vertreter desselben gestellt werden. Ein im voraus bei dem Konkursgerichte schriftlich eingereichter und vom Konkursrichter verlesener Antrag kann nicht genügen, denn ein solcher Antrag ist nicht in der Gläubigerversammlung gestellt. Die Verlesung durch den Konkursrichter kann nicht als Antragstellung gelten,

[1]) Vgl. Willenbücher S. 145 Nr. 4.

[2]) Vgl. die S. 358 in Anm. 3 angeführten Entscheidungen, in welchen stillschweigend angenommen wurde, dass die Beschwerde zulässig sei.

weil dieser nicht zugleich Richter und Vertreter eines Beteiligten sein kann. Soweit es sich um den Antrag eines nicht erschienenen Gläubigers handelt, kommt dazu, dass dieser (nach § 89) an die gefassten Mehrheitsbeschlüsse gebunden ist, also die Untersagung der Ausführung nicht verlangen kann.[1]) Wird der Antrag abgelehnt, so steht dem Antragsteller sowie dem Verwalter, auch wenn derselbe nicht Antragsteller ist, andernfalls den einzelnen Gläubigern[2]) nach § 66 das Recht der sofortigen Beschwerde zu, deren Erhebung auch die Gläubigerversammlung beschliessen kann. (Bem. I. 1 S. 350 und Bem. III. 4 zu § 66.) Auch ein in der Versammlung ausgebliebener Gläubiger ist berechtigt, die Verfügung des Konkursrichters, durch welche die Ausführung eines Beschlusses der Gläubigerversammlung untersagt wird, durch Beschwerde anzufechten, denn er ist zwar an die Beschlüsse der Versammlung, nicht aber an den diesen entgegentretenden Gerichtsbeschluss gebunden, sonach nicht gehindert, die Durchführung des auch für ihn bindenden Beschlusses zu beantragen.[3]) Ungeachtet der eingelegten Beschwerde bleibt vorerst die Ausführung des Beschlusses untersagt. (§ 535 C.-P.-O.) Eine förmliche Aufhebung desselben steht dem Gerichte nicht zu. Noch weniger ist dasselbe befugt, eine andere Verfügung an die Stelle des in Frage stehenden Beschlusses zu setzen.

2) Die Vorschrift des § 91 bezieht sich auf alle Beschlüsse der Gläubigerversammlungen, insbesondere auch auf die in § 83 vorgesehene „Einigung" der Gläubigerversammlung mit dem Gläubigerausschusse über dessen Auslagen und Gebühren. In dieser Richtung bemerkte Hagens in der Reichstagskommission: „Der § 91 habe eine allgemeine Bedeutung; er sei absichtlich hierhergesetzt worden, um § 83 mitzutreffen. Wenn er bloss für Verwaltungsmassregeln gelten sollte, würde er seine Stelle etwa als § 125a gefunden haben." Auch wurde mit Rücksicht darauf das im Entwurfe vorkommende Wort „Massregel" durch den Ausdruck „Beschluss" ersetzt. (K. S. 70.) Die Wahl der Mitglieder des Gläubigerausschusses fällt nicht unter die Vorschrift des § 91, da es sich bei derselben nicht um einen Beschluss im Sinne dieses § handelt.[4]) Diese Vorschrift setzt Beschlüsse voraus, welche einer Ausführung bedürfen und deren Wirkung durch die Untersagung der Ausführung gehindert werden kann. Dasselbe gilt von der Wahl eines Konkursverwalters, da dieser nur von der Gläubigerversammlung vorgeschlagen, aber vom Gerichte ernannt wird. Die letztere Frage hat übrigens keine praktische Bedeutung, da gegen die Ernennung des Verwalters Beschwerde zulässig ist. (Bem. I. 2 zu §§ 70 ff. S. 320.)

§ 92.

Der Gemeinschuldner ist verpflichtet, dem Verwalter, dem Gläubigerausschusse und auf Anordnung des Gerichts der Gläubigerversammlung über alle das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben.

§ 93.

Der Gemeinschuldner darf sich von seinem Wohnorte nur mit Erlaubnis des Gerichts entfernen.

[1]) Vgl. Willenbücher S. 146 Nr. 1; v. Wilmowski S. 298 Nr. 1. A. M., soweit es sich um den Antrag des Verwalters handelt, v. Völderndorff Bd. II. S. 146 lit. b und c.

[2]) Vgl. Fitting S. 269 § 31 Anm. 31; v. Sarwey S. 572; Stieglitz S. 452; Willenbücher S. 147 Nr. 4; v. Wilmowski S. 298. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 147; Wengler S. 473 Nr. 6.

[3]) Vgl. v. Wilmowski S. 298, 299; Willenbücher S. 147 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 147 Anm. 8.

[4]) Vgl. Fitting S. 269 § 31 Anm. 31; v. Sarwey S. 572; v. Völderndorff Bd. II. S. 147 a. E.; Willenbücher S. 146 Nr. 2; v. Wilmowski S. 299. Soweit es sich um die Wahl des Verwalters handelt, ist a. M. Fitting S. 247 § 29 Anm. 3.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und nach Anhörung des Gemeinschuldners die Haft desselben anordnen, wenn er die ihm von dem Gesetze auferlegten Pflichten nicht erfüllt, oder wenn es zur Sicherung der Masse notwendig erscheint.

(E. §§ 92, 93; M. S. 317, 318; K. S. 70; pr. K.-O. §§ 132, 138, 139, 160, 223.)

I. Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung. (§ 92.)

1) Die Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Auskunftserteilung, welcher die Pflicht zur Leistung des Offenbarungseides (§ 115) zur Seite steht, ist eine natürliche Folge des Satzes, dass das ganze der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen desselben zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll. Ausserdem ergiebt sich dieselbe aus der Natur des Konkursverfahrens, das von Amts wegen durchzuführen ist. (Bem. 2 zu § 67.) Soweit die Auskunft vom Konkursgerichte verlangt wird, würde sich die Verpflichtung des Gemeinschuldners übrigens schon aus § 67 ergeben. Die Durchführung des erwähnten Grundsatzes erfordert zunächst dass der Gemeinschuldner dem Gerichte und den Verwaltungsorganen alles dasjenige an die Hand gebe, was zur Ermittelung und Herbeischaffung des Vermögens und zur Abwehr der gegen dasselbe gerichteten Ansprüche dienlich sein kann. Die gleiche Pflicht wurde aber auch gegenüber den Gläubigerversammlungen anerkannt. Nur wurde es hier zur Niederhaltung leidenschaftlicher Ausbrüche für angemessen gehalten, das Recht der Gläubigerversammlung, vom Gemeinschuldner Auskunft zu verlangen, von einer Anordnung des Gerichtes abhängig zu machen. Eine Verpflichtung des Gemeinschuldners zu persönlichen Dienstleistungen, insbesondere zur Mitwirkung bei den erforderlichen Veräusserungen, kennt die Konkursordnung nicht. Die Auferlegung einer derartigen Pflicht wurde als eine mit den modernen Rechtsanschauungen unvereinbare Erweiterung der Gläubigerrechte angesehen. (M. S. 317, 318.)

2) Die Verpflichtung des Gemeinschuldners erstreckt sich nur auf die „das Verfahren betreffenden Verhältnisse.“ Dazu gehören alle Thatsachen, welche für die Durchführung des Konkursverfahrens und die Befriedigung der Gläubiger von Bedeutung sind, gleichviel ob dieselben das Verfahren im engern Sinne des Wortes oder materielle Rechtsverhältnisse, z. B. Aussonderungsrechte, Absonderungsrechte, die Ausübung des Anfechtungsrechtes, die Durchführung von Prozessen u. s. w. betreffen. Auch in Ansehung des nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens des Gemeinschuldners kann von demselben Auskunft verlangt werden, sofern dieselbe für die Beschlüsse der Verwaltungsorgane, z. B. für den Beschluss über die dem Gemeinschuldner zu gewährende Unterstützung, erforderlich ist.[1]) Soweit solche Beschlüsse in Frage stehen, ist der Gemeinschuldner nicht bloss zur einmaligen Auskunftserteilung verpflichtet, sondern muss jederzeit auf die an ihn gestellten Fragen Antwort erteilen. Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung umfasst auch die Pflicht zur Vorlage der eine Aufklärung enthaltenden Schriftstücke, z. B. von Vertragsurkunden, Prozessakten und dergl.

3) Die Anordnung des Gerichtes ist nicht nur Voraussetzung für die Zulässigkeit der Befragung durch die Gläubigerversammlung im allgemeinen. Vielmehr hat das Gericht, wenn der Gemeinschuldner die Auskunft über bestimmte Verhältnisse verweigert, auch darüber zu entscheiden, über welche Fragen sich derselbe äussern muss. Andernfalls würde der dem Gemeinschuldner gewährte Schutz seine Bedeutung zum grössten Teil verlieren.[2]) Ausser der Anordnung des Gerichtes wird in dieser Beziehung auch ein Beschluss

1) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 152 lit. a a. E.

2) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 151.

der Gläubigerversammlung vorausgesetzt. Nur dieser Versammlung sowie dem Gläubigerausschusse, nicht jedem einzelnen Konkursgläubiger muss der Gemeinschuldner Auskunft geben. Thatsächlich wird sich die Sache regelmässig so gestalten, dass ein Gläubiger die Anregung zur Befragung giebt und die zu stellenden Fragen bezeichnet. Weigert sich der Gemeinschuldner, diese Fragen zu beantworten, so hat die Versammlung zu beschliessen, ob sie auf der verlangten Auskunft besteht. Wenn dies geschieht, muss der Richter dann prüfen, ob die Auskunftserteilung anzuordnen ist. Das Gericht kann aber auch von vornherein bestimmen, über welche Verhältnisse der Gemeinschuldner Auskunft zu geben hat. Der Gemeinschuldner kann die Entscheidung des Gerichtes, wenn er glaubt, zu der verlangten Auskunft nicht verpflichtet zu sein, in allen Fällen anrufen, denn in Ermangelung einer solchen Verpflichtung kann der Richter wegen Verweigerung der Auskunft ein Zwangsmittel (§ 93) nicht zur Anwendung bringen.[1]) Übrigens kann der Richter die von ihm erbetene Anordnung nicht bloss dann verweigern, wenn die Auskunft sich auf Verhältnisse bezieht, welche das Konkursverfahren nicht betreffen, sondern auch dann, wenn er die Befragung überhaupt für ungeeignet hält. Die Anordnung ist schlechthin in sein Ermessen gestellt; wegen Nichterteilung der Anordnung ist aber immerhin Beschwerde zulässig, weil die Gläubiger das Recht auf eine Entscheidung haben. (Bem. III. 2 zu § 66). Ebenso kann der Gemeinschuldner wegen Unzulässigkeit der Anordnung Beschwerde einlegen, weil die Anordnung eine Entscheidung über die Verpflichtung zur Auskunftserteilung enthält.

4) Soweit die Auskunft vom Verwalter oder vom Gläubigerausschusse gefordert wird, kann der Gemeinschuldner nicht etwa verlangen, dass der erstere oder die Ausschussmitglieder sich zu diesem Zwecke zu ihm begeben, sondern er muss einer an ihn ergangenen Vorladung Folge leisten.[2]) Wenn der Gläubigerversammlung Auskunft zu geben ist, hat dieselbe in der Regel sofort in der Versammlung mündlich zu erfolgen. Doch kann sich die Gläubigerversammlung auch damit begnügen, dass der Gemeinschuldner die Auskunft in einer späteren Versammlung oder schriftlich giebt oder dieselbe dem Gläubigerausschusse oder dem Verwalter erteilt. Über die Form der Auskunftserteilung hat in erster Linie die Gläubigerversammlung, in zweiter das Gericht zu beschliessen, dessen Anordnung entscheidend ist.

5) Verweigert der Gemeinschuldner die erforderliche Auskunft, so kann er hiezu durch Androhung und Verhängung der Haft angehalten werden. Auch dann darf gegen ihn die Haft verhängt werden, wenn er wissentlich eine unwahre Auskunft erteilt, da er auch dadurch die ihm obliegende Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft verletzt. (Bem. III.)[3]) Ausserdem kann dem Gemeinschuldner die ihm nach den §§ 118, 120 gewährte Unterstützung entzogen werden, wenn er der in Frage stehenden Verpflichtung zuwiderhandelt.

II. Verbot der eigenmächtigen Entfernung. (§ 93 Abs. 1.)

Das Verbot der eigenmächtigen Entfernung soll den Gemeinschuldner verhindern, sich der Erfüllung der ihm während des Verfahrens obliegenden Verpflichtungen willkürlich zu entziehen. Das Gericht, dem die Befugnis zur Erteilung der Erlaubnis beigelegt ist, wird gleichmässig die Interessen der Gläubiger und den Anspruch des Gemeinschuldners auf die Ausbeutung seiner Arbeitskräfte zu berücksichtigen haben und dem letztern die Freiheit seiner Bewegung nicht länger vorenthalten, als dies unbedingt notwendig ist. (M. S. 318.)

Der Erlaubnis des Gerichtes bedarf der Gemeinschuldner nicht nur, wenn er seinen Wohnort dauernd verlassen, sondern auch wenn er sich vorübergehend von demselben entfernen will.[4]) Der Verwalter und der Gläubigerausschuss sollen immer in der Lage sein,

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 153; v. Wilmowski S. 299.
[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 151, 152.
[3]) Vgl. Stieglitz S. 453; v. Völderndorff Bd. II. S. 154 und 155 lit. e Nr. II.; v. Wilmowski S. 299.
[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 49; Fitting S. 273 § 33 Anm. 6; v. Sarwey S. 573 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 155, 156; v. Wilmowski S. 300 Nr. 1.

von demselben Auskunft zu verlangen. Einen kurzen Ausflug, durch welchen die in § 92 auferlegte Verpflichtung nicht berührt wird, kann der Gemeinschuldner natürlich auch ohne richterliche Erlaubnis unternehmen; aber er wird dieser schon dann bedürfen, wenn er sich auf einige Tage entfernen will. Wenn das Gericht die Erlaubnis zur Entfernung erteilt, so kann es dieselbe an die Bedingung knüpfen, dass der Gemeinschuldner seinen jedesmaligen Aufenthaltsort dem Verwalter mitteile und so diesen bezw. den Gläubigerausschuss in die Lage versetze, briefliche Auskunft zu erlangen. Auch kann die Erlaubnis in widerruflicher Weise erteilt und der Gemeinschuldner auf diese Weise verpflichtet werden, auf Verlangen sofort zurückzukehren. Entfernt sich der letztere ohne Erlaubnis, oder kehrt er ungeachtet einer in rechtsverbindlicher Weise an ihn ergangenen gerichtlichen Aufforderung nicht zurück, so können die in Abs. 2 des § vorgesehenen Zwangsmassregeln zur Anwendung kommen. (Bem. III.)

III. Zwangsweise Vorführung und Haft. (§ 93 Abs. 2.)

1) Die Verhängung der Haft kann zu verschiedenen Zwecken erfolgen. Als Sicherheitshaft ist dieselbe anzuordnen, wenn zu besorgen steht, dass der Gemeinschuldner seine Freiheit zur Verbringung von Vermögensstücken, zur Einziehung von Ausständen oder zu nachteiligen Abmachungen oder Verdunkelungen missbrauchen werde. Als Zwangs- oder Strafmittel findet sie statt, um denselben zur Auskunftserteilung anzuhalten oder wenn derselbe sich unbefugter Verfügungen oder Behinderungen des Verwalters schuldig gemacht hat. Die besondern Vorschriften der C.-P.-O. über eine Haft zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen (§§ 774, 775) können zwar auf die allgemeinen Pflichten des Gemeinschuldners im Konkursverfahren nicht Anwendung finden. Dagegen erscheinen die in den §§ 812, 785—791, 793, 794 C.-P.-O. enthaltenen Bestimmungen über die Unstatthaftigkeit oder Unterbrechung der Haft sowie über die Anordnung, Vollstreckung und Dauer derselben oder sonstiger Freiheitsbeschränkung als anwendbar. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Haft zur Strafe verhängt wird. Auch in diesem Falle handelt es sich nur um Haft im Sinne der C.-P.-O., nicht um Bestrafung im Sinne des St.-G.-B.; dessen § 18 bezieht sich nicht auf diejenige Haft, welche als prozessuales Zwangsmittel angewandt wird. Vielmehr richtet sich die Vollstreckung dieser Haft nach der C.-P.-O. (§ 65.) Die Kosten der Haft sind, da diese immer nur im allgemeinen Interesse der Gläubiger verhängt werden darf, Massekosten im Sinne des § 51 Z. 1. Vor der Anordnung der Haft muss der Gemeinschuldner stets gehört werden. Dagegen kann die zwangsweise Vorführung auch ohne vorgängige Gewährung des Gehörs erfolgen. (M. S. 318.) In der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob es sich nicht empfehle, die im Konkursverfahren zur Anwendung kommenden Bestimmungen der C.-P.-O. im Gesetze ausdrücklich zu bezeichnen. Von einem besondern Antrage wurde aber abgesehen, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Diese Aufgabe würde eine ziemlich schwierige sein. Die Motive hätten dieselbe nur beispielsweise, nicht exklusiv gelöst. Er glaube, dass § 65 K.-O. genüge." (K. S. 70.) Wenn der Gemeinschuldner auch durch Haft zur Erfüllung seiner Verpflichtungen nicht bestimmt werden kann, so muss man sich ohne dessen Auskunft bezw. ohne den Offenbarungseid zu behelfen suchen. Weigert sich derselbe die in § 129 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung bezüglich einer bestimmten Forderung abzugeben, so gilt diese Forderung ihm gegenüber als unbestritten, was die in §§ 132 Abs. 2 und 152 Abs. 2 vorgesehenen Wirkungen hat.[1]) Ebenso tritt Rechtsverlust ein, wenn der Gemeinschuldner sich über die Schlussrechnung des Verwalters nicht äussert. (§ 78.) Weigert er sich nur, eine derartige in seinem eigenen Interesse liegende Erklärung abzugeben, so kann von Haft natürlich nicht die Rede sein. Zur Erklärung über die angemeldeten Forderungen kann der Gemeinschuldner aber auch nach §§ 92, 93 angehalten werden.

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 154.

2) Die Vorschriften der C.-P.-O. werden insofern durch die Bestimmungen des § 93 Abs. 2 ersetzt, als es sich um die Zulässigkeit der zwangsweisen Vorführung oder der Haft handelt. Überall, wo eine der im § erwähnten Voraussetzungen vorliegt, kann das Gericht von Amts wegen die in Frage stehenden Massregeln treffen. Es handelt sich aber in allen Fällen nur um eine Befugnis des Gerichtes, nirgends um eine unmittelbare Verpflichtung desselben zur Verhängung der Haft. Ist diese überhaupt unstatthaft oder die Vollstreckung derselben untersagt (§§ 785—787 C.-P.-O.), so muss sie auch im Konkursverfahren unterbleiben. Gegen die Entscheidung, durch welche die zwangsweise Vorführung oder Haft angeordnet wird, steht dem Gemeinschuldner nach § 66 die „sofortige Beschwerde“ zu. Diese hat aber keine aufschiebende Wirkung, da § 535 C.-P.-O. den Fall, in welchem es sich um Verhaftung des Schuldners handelt, nicht erwähnt.[1]) Wurde vonseite des Verwalters oder eines Gläubigers u. s. w. die Vorführung oder Verhaftung des Gemeinschuldners angeregt, dieser Anregung aber keine Folge gegeben, so steht der betreffenden Person ein Beschwerderecht nicht zu. Die Anordnung der betreffenden Massregel erfolgt immer von Amts wegen. Ein Recht, die Verhaftung oder Vorführung zu beantragen, ist keinem der Beteiligten eingeräumt. Vielmehr gilt das Offizialprinzip. Das Gericht ist deshalb nicht verpflichtet, wenn jemand die Verhaftung wünscht, eine zurückweisende Entscheidung zu erlassen, und kann schon deshalb von einem Beschwerderecht, das regelmässig eine Entscheidung voraussetzt (§ 66 und § 530 C.-P.-O.), keine Rede sein. (Vgl. Bem. III. 2 zu § 66.)[2]) Anders liegt die Sache bezüglich der Anordnung der Haft. Hier liegt eine richterliche Entscheidung vor, welche nach § 66 durch Beschwerde angefochten werden kann. Zu dieser Beschwerde ist der Gemeinschuldner selbst unzweifelhaft berechtigt. Aber auch dem Verwalter und den einzelnen Konkursgläubigern, welche wegen der vielleicht unverhältnismässig grossen Kosten an der Aufhebung der Haft ein Interesse haben können, kann dieses Recht nicht bestritten werden. Das gilt auch dann, wenn die Haft wegen Verweigerung des Offenbarungseides verhängt werden soll. Übrigens kann auch in diesem Falle das Konkursgericht die Haft von Amts wegen verhängen. Nach § 782 der C.-P.-O. wird allerdings in dieser Beziehung ein Antrag vorausgesetzt. Der Amtsrichter, welcher den Offenbarungseid abzunehmen hat, kann deshalb auf Grund der erwähnten Vorschrift die Haft nur dann verhängen, wenn diese Massregel beantragt wird. Aber dadurch wird die Anwendung des § 93 für das Konkursgericht nicht ausgeschlossen. Ist der Richter, welcher den Eid abzunehmen hat, zugleich Konkursrichter, so ist derselbe in dieser Eigenschaft befugt, die Haft von Amts wegen zu verhängen.

3) Die Ausführung des Haftbefehles bezw. des Auftrages zur zwangsweisen Vorführung erfolgt gemäss § 790 C.-P.-O. durch den Gerichtsvollzieher. Auch bezüglich des Vollstreckungsraumes, der Dauer und Aufhebung der Haft u. s. w. kommen die Vorschriften der C.-P.-O. (§§ 780, 790, 794 ff.) zur Anwendung. Die „Strafe der Haft“, welche in der C.-P.-O. (§§ 345, 355, 775) mehrfach angedroht ist und deren Vollzug sich nach den Vorschriften des R.-St.-G.-B. richtet (vgl. Petersen Kommentar zur C.-P.-O. Bem. IV. 1 zu §§ 773 ff.) ist in der K.-O. nicht vorgesehen. Was die Kosten anbelangt, so kann ein Vorschuss wegen der Verpflegungskosten offenbar nicht verlangt werden, da § 792 C.-P.-O. eine Verpflichtung zur Vorschussleistung nur dem Gläubiger auferlegt, welcher die Haft beantragt, hier aber dieselbe von Amts wegen angeordnet wird. In den Motiven wird deshalb auch § 792 C.-P.-O. nicht unter den zur Anwendung kommenden Vorschriften aufgezählt. Wenn es sich übersehen lässt, dass in der Konkursmasse, aus welcher ja schliesslich die Verpflegungskosten bestritten werden müssen, die hiezu erforderlichen Mittel nicht vorhanden sind, so

[1]) Vgl. Fitting S. 274 § 33 Anm. 7; v. Völderndorff Bd. II. S. 160 Anm. 18.

[2]) Vgl. Fitting S. 274 § 33 Anm. 8; Meisner S. 266 a. E. A. M. sind: v. Sarwey S. 574; v. Völderndorff Bd. II. S. 160; Willenbücher S. 147 Nr. 3; v. Wilmowski S. 300 Nr. 2.

wird das Gericht die Verhaftung nicht verfügen.[1]) Überhaupt muss dasselbe sich stets vor Augen halten, dass die Verhaftung doch nur im Interesse der Gläubiger erfolgt, und deshalb von derselben absehen, wenn der zu erwartende Vorteil in einem Missverhältnisse steht zu den erwachsenden Kosten der Haft. Für diese, welche nach § 51 Z. 1 Massekosten sind, haftet bei Unzulänglichkeit der Masse auch das übrige freie Vermögen des Gemeinschuldners.[2])

Zweiter Titel.

Eröffnungsverfahren.

(§§ 94—106.)

Vorbemerkungen.

Der zweite Titel beschäftigt sich mit der Eröffnung des Konkurses und mit den gerichtlichen Massregeln, welche derselben vorausgehen oder sich unmittelbar an dieselbe anschliessen. Zunächst wird in den §§ 94—97 von den Voraussetzungen des Konkursverfahrens und in § 98 von den vorläufigen Sicherungsmassregeln gehandelt. Sodann wird in § 99 die Abweisung des Eröffnungsantrags, in § 100 der Eröffnungsbeschluss und in § 101 das Beschwerderecht bezüglich dieser Beschlüsse geregelt, während die §§ 102—106 vorschreiben, welche Massregeln bei der Eröffnung des Verfahrens oder nach Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses zu treffen sind.

§ 94.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens setzt die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners voraus.

Zahlungsunfähigkeit ist insbesondere anzunehmen, wenn Zahlungseinstellung erfolgt ist.

(E. § 94; M. S. 319—325; K. S. 71—73; pr. K.-O. §§ 113, 319, 322, 323.)

I. Gemeinschuldner.

Das Konkursverfahren darf nur über das Vermögen einer bestimmten (physischen oder juristischen) Person eröffnet werden, bezüglich deren nichts darauf ankommt, ob dieselbe Kaufmann ist, oder nicht. Auch wenn mehrere Personen, z. B. Brüder, welche zusammenleben und ihr Vermögen gemeinschaftlich verwalten, oder Eheleute, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft stehen, allen Gläubigern gegenüber gemeinsam haften, ist bei jedem derselben besonders zu untersuchen, ob die Voraussetzungen der Konkurseröffnung vorliegen, und, wenn dies der Fall, das Konkursverfahren über das Vermögen jeder einzelnen Person zu eröffnen.[3]) Jedes dieser Konkursverfahren kann auch für sich (wegen Mangels an Masse, Zwangsvergleiches u. s. w.) aufgehoben bezw. eingestellt werden, während das andere fortdauert. Wenn Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, kann

[1]) Vgl. Fitting S. 274, 275 § 33 Anm. 7; v. Wilmowski S. 300, 301. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 158, 159; Willenbücher S. 147, 148 Nr. 4.

[2]) Vgl. Fitting S. 274 a. E. § 33 Anm. 7.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 274 Anm. *, S. 582; v. Wilmowski S. 303, 304 R.-G. (IV.) 10. März 1884, Entsch. Bd XI. S. 64; O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. XIV. S. 126 ff. A. M. Fitting S. 202 § 22 Anm. 11; Stieglitz S. 238, 239; v. Völderndorff Bd. I. S. 474 Anm. 10; Willenbücher S. 78.

allerdings der Fall eintreten, dass nach der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ehemannes der Anteil der Ehefrau am gemeinschaftlichen Vermögen durch die Heranziehung zur Tilgung der Schulden des Ehemannes erschöpft wird und dass diejenigen Gläubiger der Ehefrau, welche sich nur an den reinen Anteil der letztern am Gemeinschaftsvermögen halten können, leer ausgehen. Aber dieser Umstand kann es nicht rechtfertigen, dass ein Konkursverfahren in Ansehung des Vermögens beider Ehegatten als einer juristischen Einheit eröffnet wird, denn nach der Konkursordnung ist in jedem Konkursverfahren nur ein Gemeinschuldner vorhanden, zu dessen Vermögen die Konkursmasse gehört. Das Bestehen einer Gesellschaft bezw. Gemeinschaft kann nur die Anwendung der §§ 14 und 44 rechtfertigen, nicht die Eröffnung eines einheitlichen Konkursverfahrens über das Vermögen mehrerer Gemeinschuldner, von denen jeder den Gläubigern als selbständiges Rechtssubjekt gegenübersteht. Den Gläubigern der Ehefrau wird in einem solchen Falle auch dadurch nicht geholfen, dass gleichzeitig mit dem Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes dasjenige über das Vermögen der Ehefrau eröffnet wird, weil nach Abzug der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen lastenden Schulden nichts übrig bleibt, es also bezüglich des zweiten Konkursverfahrens an einer Masse fehlt und auch durch Geltendmachung des nach §§ 14 und 44 begründeten Anspruches auf Teilung und abgesonderte Befriedigung ein der Ehefrau zustehender Anteil am reinen Gemeinschaftsvermögen nicht aus der Konkursmasse über das Vermögen des Ehemannes ausgeschieden werden kann. Auch die Aussonderung einzelner beweglicher Sachen (nach § 37) kann ein anderes Ergebnis nicht herbeiführen, weil diese Sachen aus gemeinschaftlichen Mitteln angeschafft worden, also zur Tilgung der Gemeinschaftsschulden zu verwenden sind. Anders verhält es sich nur dann, wenn nach Landesrecht ungeachtet der bestehenden „allgemeinen Gütergemeinschaft", die dann in Wirklichkeit nicht besteht, ein Sondererwerb zulässig ist und die Anschaffung einzelner Sachen aus solchem Sondervermögen bestritten worden ist.[1])

II. Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit.

1) Während nach gemeinem Rechte und nach den meisten Landesgesetzgebungen, insofern dieselben auf gemeinrechtlicher Grundlage beruhten, die Konkurseröffnung voraussetzte, dass die Vermögensunzulänglichkeit d. h. eine Überschuldung des Schuldners nachgewiesen werde, und nach der preussischen Konkursordnung (§ 322) dieser Nachweis wenigstens insoweit erforderlich war, als es sich nicht um einen kaufmännischen sondern nur um einen gemeinen Konkurs handelte, kommt es nach der Konkursordnung nicht darauf an, ob das vorhandene Vermögen an sich zur Zahlung der Schulden ausreicht, sondern ist, gleichviel ob es sich um einen Kaufmann oder um einen Nichtkaufmann handelt, lediglich die Zahlungsunfähigkeit entscheidend. Ist diese vorhanden, so bedarf es eines Nachweises der Vermögensunzulänglichkeit nicht. Liegt eine Zahlungsunfähigkeit nicht vor, so genügt auch die nachgewiesene Überschuldung nicht, um den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens zu rechtfertigen. In der Reichstagskommission wurden gegen das in der Konkursordnung angenommene, in den Motiven (S. 320) ausführlich gerechtfertigte, System Bedenken erhoben. Insbesondere wurde geltend gemacht, dass der auf kaufmännische Geschäfte wohl passende Grundsatz in der Anwendung auf andere bürgerliche Kreise, namentlich auf Gutsbesitzer, bedenklich erscheine, da letztere nach der Natur ihrer Erzeugnisse nur zu gewissen, von ihnen nicht willkürlich zu wählenden, Zeiten die Mittel erhielten, ihre im Laufe des Jahres entstandenen Verbindlichkeiten erfüllen zu können. Ein Antrag auf Abänderung des § wurde aber nicht gestellt. (K. S. 71.)

2) Obwohl die Konkursordnung der Vermögensunzulänglichkeit die entscheidende Bedeutung für die Eröffnung des Verfahrens entzogen hat, so behält doch die Thatsache der Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Vermögens insbesondere bei Nichtkaufleuten nach

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 187 Nr. 3.

wie vor das ihr zukommende Gewicht als eines der wesentlichsten Beweismomente zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Diese besteht in dem Fehlen bereiter Mittel zur Tilgung fälliger Schulden.[1]) Aber der blosse Mangel an Mitteln zur Erfüllung sämtlicher Verbindlichkeiten genügt nicht. Besonders ist der Mangel an Zahlungsmitteln zu einer Zeit, zu welcher nichts zu zahlen ist, nicht entscheidend. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass dieser Mangel sich bereits für Dritte fühlbar gemacht hat. Damit Zahlungsunfähigkeit im Sinne der Konkursordnung vorliegt, muss sonach eine Thatsache feststehen, in welcher sich der Mangel an Zahlungsmitteln geäussert hat und wirksam geworden ist. In der Regel wird diese Thatsache in einer Erklärung oder sonstigen Handlung des Schuldners bestehen; aber es kann sich die Zahlungsunfähigkeit auch aus andern Thatsachen, insbesondere aus Handlungen der Gläubiger in Verbindung mit Unterlassungen des Schuldners ergeben. Nach dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung ist es der Beurteilung des Richters überlassen, welche Thatsachen er im einzelnen Falle als unzweideutige Zeichen der Zahlungsunfähigkeit ansehen will. Eine erschöpfende und ausschliessende Aufzählung aller sogenannten Bankerotthandlungen, wie die englischen und nordamerikanischen Konkursgesetze sie versuchen, wurde bei Aufstellung der Konkursordnung als unmöglich, die Anführung von Beispielen als entbehrlich angesehen. Nur der am häufigsten eintretende Fall des Hervortretens der Zahlungsunfähigkeit, nämlich die Zahlungseinstellung, wurde besonders hervorgehoben und zwar in der Form einer Beweisregel, so dass der Beweis der Zahlungseinstellung denjenigen der Zahlungsunfähigkeit ersetzt. Bezüglich dieses Begriffes ist auf Bem. I. 3 zu § 23 zu verweisen.[2]) Immerhin wird auch bei der Zahlungseinstellung vorausgesetzt, dass sie eine Wirkung der Zahlungsunfähigkeit ist, in dieser ihren Grund hat. (Vgl. Bem. I. 3 zu § 23 S. 110.) Daraus ergiebt sich, dass der Beweis zulässig ist, ungeachtet der (anscheinenden) Zahlungseinstellung habe Zahlungsunfähigkeit nicht vorgelegen.[3]) Die beiden Begriffe decken sich nicht. Auch ist, wie sich aus dem Gesetze deutlich ergiebt, die Zahlungseinstellung nicht die einzige Form, in welcher sich die Zahlungsunfähigkeit äussern kann. Ein Antrag von Websky, nach welchem Zahlungsunfähigkeit „erst“ dann angenommen werden sollte, wenn eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, wurde in der Reichstagskommission vom Antragsteller zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Der Antrag entspreche den jetzt herrschenden Anschauungen nicht. Vielleicht gelange man später dahin, die Zahlungseinstellung als das Kriterium für die Konkurseröffnung hinzustellen. Zur Zeit sei es bedenklich, die Zahlungseinstellung als die einzige Form der Zahlungsunfähigkeit anzunehmen. Im praktischen Resultate würde übrigens der Antrag Websky ziemlich auf dasselbe hinauskommen wie der Entwurf.“ (K. S. 71—73.)

3) Von Hullmann wurde in der Reichstagskommission ein Fall zur Sprache gebracht, für welchen ihm das Erfordernis der Zahlungsunfähigkeit mit Rücksicht auf die Bestimmungen der C.-P.-O. als bedenklich erschien. „Nach § 715 Z. 5 sei das zum Wirtschaftsbetriebe unentbehrliche Inventar eines Landguts von der Zwangsvollstreckung ausgenommen. Gegen einen Pächter also, der ausser dem unentbehrlichen Inventar nichts weiter besitze, würde die Zwangsvollstreckung nicht statthaft sein. Eigentliche Zahlungsunfähigkeit brauche aber deshalb nicht vorzuliegen, da der Pächter von dem Inventar etwas veräussern könne, wenn er auch vielleicht dadurch seine Wirtschaft schädige oder ruiniere. Der Fall sei also der, dass der Schuldner zahlen könne, aber nicht zahlen wolle. Er — Redner —

[1]) Vgl. R.-G. (VI.) 15. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 167, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 281 und Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1163.

[2]) Vgl. noch Urt. des O.-L.-G. Hamburg 10. Dez. 1887, hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. IX. S. 124, nach welchem die Flucht des Schuldners wegen Wechselfälschung an sich keinen Beweis dafür liefert, dass eine Zahlungseinstellung stattgefunden habe.

[3]) Vgl. noch Bülow im Arch. für civ. Praxis Bd. 62 S. 41 Anm. 37; v. Sarwey S. 581; Willenbücher S. 149 Nr. 2; v. Wilmowski S. 305 Nr. 4; R.-G. (III. Strafs.) 22. Jan. 1881, Entsch. in Strafs. Bd. III. S. 294.

nehme an, dass solchenfalls Konkurseröffnung zulässig sein müsse.“ Bezüglich dieses Falles, dem nach § 1 Abs. 3 K.-O. auch die Fälle gleichstehen, in welchen ein Apotheker oder ein Posthalter nichts als das zur Apotheke bezw. zur Posthalterei erforderliche Inventar besitzt (§ 715 Z. 8 C.-P.-O. und § 20 des Reichspostges. vom 28. Okt. 1871), traten in der Reichstagskommission sehr verschiedene Auffassungen hervor. Hagens bemerkte: „Der Richter dürfe Zahlungsunfähigkeit nur dann annehmen, wenn er überzeugt sei, dass der Schuldner nicht habe zahlen können. In dem fraglichen Falle würde, so wie er gestellt sei, weder eine Zahlungsunfähigkeit noch eine Zahlungseinstellung, ebensowenig aber eine Vermögensunzulänglichkeit angenommen werden müssen. Wenn hienach vielleicht ein böswilliger Schuldner, trotzdem er es könnte, nicht zahlen wolle, so würde der Übelstand nicht in der Bestimmung der Konkursordnung, sondern in einer zu milden Ausdehnung der Bestimmung der C.-P.-O. über Befreiung von der Zwangsvollstreckung zu suchen sein.“ Dem trat Goldschmidt mit der Bemerkung entgegen: „Er halte es für juristisch zweifellos, dass der Schuldner, der nicht zahlen wolle, demjenigen gleichgestellt werden müsse, der nicht zahlen könne.“ Dagegen äusserte Hauser: „Er könne nicht annehmen, dass eine bloss böswillige Zahlungsverweigerung der Zahlungsunfähigkeit gleichstehen solle; eine solche Verweigerung sei nur ein Grund zur Zwangsvollstreckung, kein Grund zur Konkurseröffnung. In dem von Hullmann angeführten Falle werde übrigens Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sein. Denn wenn der Schuldner nur das unentbehrliche Inventar und kein weiteres Vermögen besitze, jenes aber der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen werden könne, so sei er in der That zahlungsunfähig.“ (K. S. 71—73.) Die letztere Ansicht muss als richtig angesehen werden. Hat ein Schuldner ausser solchen Gegenständen, welche ihm nach dem Gesetze nicht entzogen werden dürfen, keinerlei Mittel, aus welchen die Gläubiger befriedigt werden können, so ist er ebenso als zahlungsunfähig anzusehen, wie derjenige, welcher zwar mittels einer ihm angebotenen Unterstützung zahlen könnte, diese aber zurückweist, weil er auf solche Weise nicht zahlen will. In der Regel wird übrigens in solchen Fällen eine Zahlungseinstellung vorliegen und schon deshalb Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sein. [1])

§ 95.

Das Verfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden.

Zu dem Antrage ist der Gemeinschuldner und jeder Konkursgläubiger berechtigt.

§ 96.

Beantragt der Gemeinschuldner die Eröffnung des Verfahrens, so hat er ein Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner sowie eine Übersicht der Vermögensmasse bei Stellung des Antrags einzureichen oder, wenn dies nicht thunlich ist, ohne Verzug nachzuliefern.

§ 97.

Der Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Verfahrens ist zuzulassen, wenn die Forderung des Gläubigers und die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners glaubhaft gemacht werden.

[1]) Vgl. auch Fitting S. 280 § 35 Anm. 4 a. E.; Meisner S. 270 Anm. 10; v. Sarwey S. 581 Stieglitz S. 455 Anm. c.; v. Völderndorff Bd. II. S. 171 Anm. 24.

Wird der Antrag zugelassen, so hat das Gericht den Schuldner zu hören und, sofern dieser nicht seine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung einräumt, die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen.

Die Anhörung des Schuldners kann unterbleiben, wenn sie eine öffentliche Zustellung oder eine Zustellung im Auslande erfordert; in diesem Falle ist, soweit thunlich, ein Vertreter oder Angehöriger des Schuldners zu hören.

(E. §§ 95—97; M. S. 325—329; K. S. 73—77, 162; pr. K.-O. §§ 118, 321.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Nach § 95 kann die Konkurseröffnung nur auf Antrag, nicht von Amts wegen verfügt werden, und zwar muss der Antrag noch in dem Augenblicke vorliegen, in welchem das Verfahren eröffnet werden soll. Der Antrag kann sowohl schriftlich als zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden. Bis zum Beschlusse über die Eröffnung des Konkurses sind die Verhandlungen nur vorbereitende, welche durch die Zurücknahme des sie veranlassenden Antrages ihre Bedeutung verlieren. Mit dieser Zurücknahme kommt sonach die Sache in die Lage, als wenn ein Antrag überhaupt nicht gestellt worden wäre, weshalb ein anderer Gläubiger in das Verfahren nicht eintreten kann, sondern den Erfordernissen des § 97 vollständig genügen muss. Dem Gemeinschuldner ist es ebensowenig wie jedem andern Antragsteller verwehrt, den von ihm gestellten Eröffnungsantrag zurückzunehmen, solange ein Eröffnungsbeschluss noch nicht gefasst ist. (M. S. 329.) Durch den Erlass dieses Beschlusses, nicht erst durch die Zustellung desselben wird eine wirksame Zurücknahme des Antrages ausgeschlossen, weil der Eröffnungsbeschluss als solcher die in den §§ 5 und 6 vorgesehenen Wirkungen hat, ohne dass es auf die Zeit der Zustellung ankommt. Die in § 243 der C.-P.-O. enthaltene Vorschrift kann in diesem Falle keine Anwendung finden. Es erfolgt hier eine Vernehmlassung des Schuldners über den Eröffnungsantrag in mündlicher Verhandlung überhaupt nicht. Auch ist die in § 97 vorgesehene Anhörung desselben nicht als eine Äusserung zur Hauptsache im Sinne des erwähnten § anzusehen. Vielmehr hat sich der Schuldner nur über die Voraussetzungen der Eröffnung des Verfahrens zu erklären. Es besteht deshalb auch kein Grund, zwischen dem Antrage des Gemeinschuldners und demjenigen eines Gläubigers einen Unterschied zu machen. Bis zum Eröffnungsbeschlusse kann der Antrag stets, nach der Konkurseröffnung auch derjenige des Gläubigers nicht mehr zurückgenommen werden, gleichviel ob eine Anhörung des Schuldners stattgefunden hat oder nicht.[1]) Auch dann ist die Zurücknahme des von einem Gläubiger gestellten Antrages nach stattgehabter Konkurseröffnung ausgeschlossen, wenn der Gemeinschuldner gegen den Eröffnungsbeschluss Beschwerde eingelegt hat, denn durch diese Beschwerde wird das einmal eröffnete Verfahren nicht beseitigt; der Gläubiger kann sonach durch deren Einlegung das durch den Eröffnungsbeschluss verloren gegangene Recht der Zurücknahme des Antrages nicht wieder zurückerlangen. Der Eröffnungsbeschluss kommt vielmehr auch solchen Gläubigern zu gut, welche einen Antrag nicht gestellt hatten. In der Reichstagskommission hat zwar Hagens gegenüber einem später zurückgezogenen Antrag v. Sarweys, in § 98 nach dem Wort „Eröffnungsantrages" die Worte einzuschalten:

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 76, 80; Fitting S. 281 § 35 Anm. 9; v. Sarwey S. 586; Willenbücher S. 150 Nr. 4; v. Wilmowski S. 310 Nr 6, und soweit es sich um den Schuldner handelt, v. Völderndorff Bd. II. S. 181. Letzterer will jedoch (S. 185) dem Gläubiger das Recht der Zurücknahme von dem Augenblicke an entziehen, in welchem der Schuldner gehört worden ist.

„ebenso im Falle einer Zurücknahme vor der Bestätigung des Eröffnungsbeschlusses nach erhobener Beschwerde“ die Äusserung gemacht, der vorgeschlagene Satz sei richtig, solange Antragsteller noch Herr seines Antrages, andere Gläubiger nicht beigetreten seien; die Bestimmung sei aber überflüssig, weil dieser Fall der Zurücknahme des Antrages nicht anders aufzufassen sei wie eine Zurücknahme vor dem Erlasse des Eröffnungsbeschlusses. (K. S. 162.) Diese Auffassung kann aber nicht als richtig angesehen werden.[1])

2) Nach § 82 G.-K.-G. hat jeder Antragsteller, also auch der Schuldner, welcher selbst die Konkurseröffnung beantragt, einen Gebührenvorschuss in der durch § 53 Abs. 1 G.-K.-G. bestimmten Höhe einzuzahlen. Die Wertklasse richtet sich nach dem Betrage der Aktivmasse (§ 52 G.-K.-G.). Bezüglich der Höhe derselben werden zunächst die Angaben des Antragstellers massgebend sein. Diesem kann übrigens nach § 106 der C.-P.-O., der hier nach § 65 entsprechende Anwendung finden muss, das Armenrecht bewilligt werden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu vorliegen. Ergiebt sich bei der Prüfung des Gesuches, dass die Masse nicht einmal zur Bestreitung der Massekosten hinreicht, so ist das Armenrecht zu verweigern, denn in diesem Falle ist die Konkurseröffnung nach § 99 abzulehnen, der beabsichtigte Antrag sonach aussichtslos.[2])

3) Die Voraussetzungen, unter welchen dem Antrage stattzugeben ist, sind im § 94 und in den §§ 96 und 97 (Bem. II. und III.) angegeben. Hienach wird, gleichviel ob der Antrag vom Gemeinschuldner oder ob derselbe von einem Gläubiger ausgeht, vorausgesetzt, dass das Vorhandensein mehrerer Gläubiger nachgewiesen werde. Der Antrag kann nicht zurückgewiesen werden, weil ein solcher Nachweis fehlt.[3]) Es wird allerdings selten vorkommen, dass bei dem Vorhandensein eines einzigen Gläubigers das Konkursverfahren beantragt wird. Aber es ist nicht zu übersehen, dass mit Rücksicht auf § 1 Abs. 3 das Konkursverfahren noch Aussicht auf Befriedigung bieten kann, obgleich keine der Zwangsvollstreckung unterliegenden Gegenstände vorhanden sind, sonach auch ein einziger Gläubiger Interesse an der Konkurseröffnung haben kann.

Bezüglich der Ausdrücke „Gemeinschuldner“ und „Konkursgläubiger“, welche auch hier gebraucht werden, obgleich ein Konkursverfahren zur Zeit der Antragstellung noch nicht besteht, ist Bem. II. 2 zu § 23 S. 115 Abs. 3 zu vergleichen.

II. Antrag des Gemeinschuldners.

1) Während nach der preussischen Konkursordnung dem Gemeinschuldner nur bei dem kaufmännischen, nicht bei dem gemeinen Konkurse das Recht zustand, die Konkurseröffnung zu beantragen (vgl. § 321), räumt die Konkursordnung ihm dieses Recht in allen Fällen ein, weil das Verhältnis des kaufmännischen und dasjenige des nicht kaufmännischen Gemeinschuldners zu seinen Gläubigern ganz dasselbe ist. Für beide besteht die wenigstens moralische Verpflichtung, ihre Gläubiger gleichmässig zu befriedigen und es zu verhindern, dass einzelne vollständige Zahlung erhalten, andere leer ausgehen. Sollen sie dieser Verpflichtung genügen, so muss es ihnen gestattet sein, im Falle ihrer Zahlungsunfähigkeit die Konkurseröffnung zu beantragen. (M. S. 327.)

[1]) Vgl. v. Sarwey a. a. O.; v. Wilmowski S. 317 Nr. 2. A. M. sind Wengler S. 496; Willenbücher S. 151.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 584 und Willenbücher S. 150 Nr. 3, welche allerdings das Armenrecht nicht erwähnen, sondern anzunehmen scheinen, dass das Gericht von der Vorschussleistung ohne weiteres Umgang nehmen könne. Vgl. ferner Justizzeitung 1880 S. 33, 37.

[3]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 285 § 113 Anm. 3; Petersen in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 6; v. Sarwey S. 582 Nr. 3; Stieglitz S. 457 Nr. II.; Wengler S. 483 Nr. 4; Willenbücher S. 150 § 94 Nr. 4; v. Wilmowski S. 303 Nr. 1; R.-G. (III.) 18. Dez. 1883 und 11. Jan. 1884, jur. Wochenschr. 1884 S. 90 Nr. 33, Entsch. Bd. XI. S. 40 ff. bes. 42. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 35, 36; Meisner S. 272; Hellmann, Lehrb. S. 983; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 19 und 99.

2) Der Gemeinschuldner hat, wenn er die Konkurseröffnung beantragt, nicht wie die Konkursgläubiger (Bem. III. 2) die Verpflichtung, das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit in besonderer Weise glaubhaft zu machen. Durch die ihm zur Pflicht gemachte Vorlegung oder unverzügliche Nachlieferung einer Vermögensübersicht soll für das Verfahren die erste Grundlage gewonnen werden. Die in einzelnen Gesetzgebungen vorgeschriebenen formellen Erfordernisse eines Vermögensverzeichnisses sind für diese Übersicht nicht wesentlich; dagegen muss dieselbe, um ihrem Zwecke zu entsprechen, ersichtlich machen, welche Vermögensstücke einem Anspruche auf Herausgabe oder abgesonderte Befriedigung unterliegen. Bei zweifelhaften Forderungen wird der wahrscheinliche Wert, bei den Schulden ausser dem Betrage auch der Rechtsgrund anzugeben sein. Das gleichzeitig einzureichende Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner ist mit Rücksicht auf die nach der Konkurseröffnung sofort zu erlassenden Benachrichtigungen (§ 103) erforderlich; wünschenswert wird in vielen Fällen auch die Bezeichnung der Wohnung sein. (M. S. 329.) Da das Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner eine Übersicht über den Vermögensstand gewähren soll, sind nicht nur die Namen der einzelnen Gläubiger und Schuldner anzugeben, sondern auch die Beträge der Forderungen. Bezüglich der Gläubiger, welche am Konkursverfahren nicht teilnehmen dürfen (§ 56 Z. 3 u. 4), wird mit Rücksicht auf den Zweck der Vermögensübersicht und des Verzeichnisses sowie wegen der Möglichkeit eines Rechtsirrtums die Aufnahme in dasselbe immerhin geboten sein.[1]) Jedenfalls sind deren Forderungen bei der Vermögensübersicht zu berücksichtigen. Der Gemeinschuldner hat zur Begründung seines Antrages auch darzulegen, dass eine Zahlungsunfähigkeit besteht, weil genügende Mittel zur Befriedigung der Zahlung fordernden Gläubiger nicht vorliegen. (Bem. II. 2 zu § 94.) Dass eine Überschuldung besteht, ist, auch wenn der Gemeinschuldner die Konkurseröffnung beantragt, weder notwendig noch ausreichend, um dessen Antrag zu begründen. Das Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner soll nur ausweisen, welche Zahlungen in der nächsten Zeit zu leisten sind und inwieweit die ihm zustehenden Forderungen etwa geeignet sind, flüssige Zahlungsmittel zu liefern.[2])

3) Aus den Bestimmungen des § darf hiernach nicht geschlossen werden, dass die Konkurseröffnung stattfinden muss, wenn den formellen Vorschriften desselben genügt ist. Vielmehr kann das Gericht den Antrag auch dann zurückweisen, weil die Voraussetzungen des § 94 nicht vorliegen. Im Entwurfe war gesagt, dass es eines Nachweises der Zahlungsunfähigkeit nicht bedürfe, wenn die Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner beantragt werde; diese Fassung wurde aber in der Reichstagskommission gestrichen. Hagens erklärte zwar: „Nach Abs. 1 des § 96 solle der Richter dem Antrage des Schuldners stattgeben können, und in der Regel stattgeben, ohne in dieser Hinsicht ausser dem beigebrachten Verzeichnisse noch weitere Ermittelungen anordnen zu müssen. Die fragliche Vorschrift besage durchaus nicht, dass der Richter dem Antrage in jedem Falle und selbst dann entsprechen müsse, wenn er die Überzeugung habe, dass der Schuldner nicht zahlungsunfähig sei, den Antrag vielmehr aus Chikane gegen seine Gläubiger oder um sich drohenden Einzelpfändungen zu entziehen, oder um einen günstigen Zwangsvergleich herbeizuführen, gestellt habe. Dies ergebe sich aus § 94.“ Auch sprach sich ein Mitglied der Kommission in demselben Sinne aus. Trotzdem wurde die Streichung beschlossen, weil man eine abweichende Auffassung seitens einzelner Gerichte befürchtete. Von Hagens wurde noch ohne Widerspruch hervorgehoben: „Es bestehe allgemeines Einverständnis darüber, dass der Richter im Falle des Antrages seitens des Schuldners von einem weitern Nachweise solle absehen können. Eine Verhandlung oder Anhörung des Schuldners werde nicht als notwendig vorausgesetzt, auch nicht im Falle der Streichung des Abs. 1 in § 96.“ (K. S. 74—76.)

Wenn das Gericht aus dem ihm vorgelegten Material die Überzeugung, dass der Gemeinschuldner zahlungsunfähig sei, nicht gewinnt, hat es den Antrag sofort zurückzu-

1) Vgl. Hellmann, Lehrbuch S. 982, 983; v. Völderndorff Bd. II. S. 182, 183.

2) Vgl. Hellmann und v. Völderndorff a. a. O.

weisen, weil derselbe dann nur eine böswillige Zahlungsverweigerung darstellt. Die Vorschrift des § 97 Abs. 2 kommt in diesem Falle nicht zur Anwendung; also hat das Gericht keine weitern Ermittelungen anzuordnen, sondern auf Grund des ihm vorliegenden, nötigen Falls vom Gemeinschuldner zu ergänzenden, Materials über den Antrag zu entscheiden.[1])

4) Solange der Gemeinschuldner den Vorschriften des § 96 nicht genügt hat, ist dessen Antrag formell unvollständig. Das Gericht kann deshalb zunächst die Vorlage des vorgeschriebenen Vermögensverzeichnisses nebst Verzeichnis der Gläubiger und Schuldner verlangen, und solange dies nicht geschehen ist, den Antrag unerledigt lassen. Es braucht dies aber nicht zu thun, kann vielmehr, wenn es aus dem vom Gemeinschuldner vorgelegten Material die Überzeugung gewinnt, dass eine Zahlungsunfähigkeit bezw. Zahlungseinstellung vorliege, auch dann das Konkursverfahren eröffnen, wenn der Gemeinschuldner den formellen Vorschriften nicht oder nur unvollständig genügt hat. Nicht die Erfüllung dieser Verpflichtung, sondern die Zahlungsunfähigkeit ist gesetzliche Voraussetzung der Konkurseröffnung. Auch ist in § 96 die Nachlieferung ausdrücklich vorgesehen. Durch eine allzu formalistische Behandlung des Antrages würden die Gläubiger, insbesondere diejenigen, welche auswärts wohnen, sehr leicht zum Vorteil eines die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers geschädigt und unnötige Anfechtungsprozesse veranlasst werden. Die Nachlieferung der Verzeichnisse nach der Konkurseröffnung kann vom Gemeinschuldner unter allen Umständen gefordert werden und ist nicht zwecklos, weil sie die Aufgabe des Verwalters (§ 114) erleichtert.[2])

III. Antrag eines Gläubigers.

Nach § 95 ist jeder Konkursgläubiger, möge seine Forderung noch so gering sein und möge er für dieselbe einen vollstreckbaren Titel haben oder nicht, zur Antragstellung berechtigt. Ebenso steht dieses Recht den Gläubigern zu, deren Forderung eine bedingte oder betagte ist. Gerade sie können das dringendste Interesse haben, dass dem fortschreitenden Vermögensverfall des Gemeinschuldners oder der sie gefährdenden Befriedigung anderer Gläubiger Einhalt gethan werde. Aus diesem Grunde wurden auch die bevorrechtigten Konkursgläubiger als Antragsteller zugelassen. (M. S. 326.) Dass ein Absonderungsberechtigter, dem eine Forderung gegen den Gemeinschuldner zusteht, die Konkurseröffnung beantragen kann, ergiebt sich aus der Natur der Sache und wurde auch in der Reichstagskommission (K. S. 73, 74) von Hagens bestätigt. Vorerst hat der Absonderungsberechtigte, da das Absonderungsrecht erst nach der Konkurseröffnung ausgeübt und ausserdem auch auf dasselbe verzichtet werden kann, die Stellung eines einfachen Konkursgläubigers.[3]) Auch als bedingter Gläubiger (§ 60) würde er zur Antragstellung berechtigt sein. Ausgeschlossen vom Rechte der Antragstellung sind dagegen solche Gläubiger, deren Forderungen in dem beantragten Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden könnten, weil die Vorschrift des § 56 (Z. 3 und 4) zutrifft oder weil sie die ihnen zustehenden Forderungen bereits in einem frühern noch anhängigen Konkursverfahren angemeldet haben. Wegen neuer, nach Eröffnung des ersten Verfahrens entstandener Forderungen können auch solche Gläubiger Eröffnung eines weitern Konkursverfahrens beantragen. (Vgl. Bem. III. 4 zu § 1 S. 12.)[4]) Die Befugnis zur Beantragung der Konkurseröffnung

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 76; Fitting S 285 § 35 Anm. 19; Hellmann, Lehrbuch S. 982, 983; v. Sarwey S. 589 Nr. 4; Stieglitz S. 461; v. Völderndorff Bd. II. S. 178 ff., bes. S. 181. A. M. sind Willenbücher S. 151 Nr. 1b. und v. Wilmowski S. 309.

[2]) Vgl. Fitting S. 284 § 35 Nr. III.; Hullmann S. 241; König S. 55; v. Sarwey S. 589; Wengler S. 485; v. Wilmowski S. 308. A. M. ist v. Völderndorff Bd. II. S. 184.

[3]) Vgl. Fitting S. 281 § 35 Nr. II.; Meisner S. 272; Stieglitz S. 458; v. Völderndorff Bd. II. S. 175; Wengler S. 483 Nr. 2 a. E.; v. Wilmowski S. 306 Nr. 3; Justizzeit. 1880 S. 48.

[4]) Vgl. Meisner S. 272; Stieglitz S. 458 Nr. 2 und S. 71 Nr. VII.; Willenbücher S. 150 Nr. 1 Abs. 3; v. Wilmowski S. 306 Nr. 3.

über das Vermögen einer Handelsgesellschaft und über einen Nachlass ist in Titel VIII geregelt. Bezüglich der Frage, wer berechtigt ist, die Konkurseröffnung über das Privatvermögen persönlich haftender Gesellschafter zu beantragen, vgl. Bem. zu § 201.

2) Nach § 97 Abs. 1 hat der Antragsteller zunächst seine Eigenschaft als Konkursgläubiger, durch die er allein zur Antragstellung berechtigt wird, sodann aber auch die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners in der in der C.-P.-O. (§ 266) vorgesehenen Weise glaubhaft zu machen. In den Motiven (S. 329) wurde besonders hervorgehoben, dass die Glaubhaftmachung der Zahlungseinstellung durch Vollstreckungsakten und andere Urkunden oder durch Benennung von Zeugen, deren Vernehmung sofort erfolgen könne, jedenfalls ausreichend sei.[1]) Zur Glaubhaftmachung kann sich der Gläubiger der nach § 266 der C.-P.-O. zulässigen Beweismittel bedienen und demnach auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Behauptung zugelassen werden. Letzteres kann jedoch nur insoweit geschehen, als eine „thatsächliche Behauptung“ in Frage steht, welche von dem Gläubiger glaubhaft zu machen ist. Hierher gehören solche thatsächliche Angaben, aus welchen auf das Vorhandensein der Eigenschaft eines Konkursgläubigers bezw. der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners ein Schluss gezogen werden kann. Dagegen ist diese Zahlungsunfähigkeit selbst und die Eigenschaft als Konkursgläubiger nicht zum Gegenstande der eidlichen Versicherung zu machen, denn dadurch würde der aus den Umständen des Falles zu ziehende Schluss, der zu den Aufgaben des Richters gehört, diesem vorweggenommen. (Vgl. Bem. I. 4 zu § 23 und Bem. I. 3c zu § 24 S. 113 und S. 127.)[2]) Soweit es sich um die Zahlungsunfähigkeit handelt und auf diese daraus geschlossen werden soll, dass die Befriedigung bestimmter Forderungen verweigert worden sei, kommt es darauf an, ob die Befriedigung wegen Mangels an bereiten Zahlungsmitteln oder aus andern Gründen unterblieben ist. Wenn der Gemeinschuldner behauptet, er habe nicht gezahlt, weil diese Forderungen nicht zu Recht beständen, hat der Richter sonach zu prüfen, wie es sich in dieser Beziehung verhält und die Konkurseröffnung abzulehnen, wenn er die Behauptung des Gemeinschuldners nicht für unglaubhaft erachtet bezw. sich deren Unrichtigkeit nicht aus den vorgenommenen Ermittelungen ergiebt. Die Thatsache, dass die Zahlung einer (bestrittenen) Forderung unterblieben ist, kann für sich allein nicht genügen, um die Annahme der Zahlungsunfähigkeit zu begründen.[3])

3) Ist die Glaubhaftmachung nicht erfolgt, so ist der Antrag zurückzuweisen. (§§ 99 und 101.) Der die Zurückweisung enthaltende Beschluss ist nur dem Antragsteller, nicht dem Gemeinschuldner zuzustellen, weil ersterer allein Beschwerde einlegen kann.[4]) Hat der Gläubiger der gesetzlichen Vorschrift genügt, so kann nicht ohne weiteres die Konkurseröffnung verfügt werden, sondern es muss, falls nicht die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen, erst der Schuldner in der in Abs. 2 vorgeschriebenen Weise gehört werden. Man wollte bei Aufstellung des Entwurfes nicht zu dem gemeinrechtlichen Rechtszustande, wie er auch in der pr. A. G.-O. Ausdruck gefunden hatte, zurückkehren und eine förmliche Verhandlung und Entscheidung über das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit nach strengen Beweisregeln vorschreiben, aber ebensowenig die Konkurseröffnung ohne Anhörung des Schuldners (pr. K.-O. §§ 119, 326) gestatten, weil sonst der Konkurs mit bedrohlicher Leichtigkeit eröffnet werden könne und die Beseitigung eines Missgriffs oft nicht mehr möglich sei. (M. S. 327.) Wird vom Schuldner die behauptete Zahlungsunfähigkeit bezw. die Zahlungseinstellung, aus welcher diese zu folgern ist (Bem. II. 2 zu § 94), eingeräumt, so hat das Gericht das Verfahren zu eröffnen und kann sonach keine weitern Ermittelungen mehr anordnen. Der Wortlaut und der Sinn des Gesetzes sind klar. Nach demselben ist

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 592 Nr. 4; Willenbücher S. 152.
[2]) Vgl. Meisner S. 273 Anm. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 187 Anm. 25.
[3]) Vgl. v. Sarwey S. 591, 592 Nr. 3; ferner Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 182 ff.
[4]) Vgl. Fitting S. 282 § 35 Anm. 11; Stieglitz § 97 Abs. 1 S. 462.

ein strenger Beweis nicht erforderlich, sondern muss die Glaubhaftmachung genügen. Nur wenn der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit nicht einräumt und dadurch die Überzeugung des Richters erschüttert wird, soll ein weiteres Verfahren stattfinden.[1]) Im Falle der Bestreitung hat das Gericht nähere Ermittelungen anzuordnen, wenn diese überhaupt noch notwendig sind, d. h. „wenn solche zur Ergänzung des Beweises erforderlich erscheinen." (M. S. 329.) Hat das Gericht, ungeachtet der Bestreitung durch den Schuldner, die Überzeugung gewonnen, dass die Voraussetzungen des § 94 vorliegen, so bedarf es weiterer Ermittelungen nicht. Das Nichterscheinen des Schuldners kann als Einräumung im Sinne des § 97 nicht angesehen werden; es können also, wenn derselbe ausbleibt, nähere Ermittelungen angeordnet werden. Es muss dies aber nach dem Gesagten nicht notwendig geschehen, und wird das Gericht sich auch in der Regel mit der der Zulassung des Antrages vorausgegangenen Glaubhaftmachung begnügen.[2])

Da die Anwendung des § 129 der C.-P.-O. hier durch den Offizialcharakter des Konkursverfahrens ausgeschlossen wird, ist auch die Verweigerung einer Erklärung seitens des Gemeinschuldners nicht ohne weiteres als Einräumung der Zahlungsunfähigkeit anzusehen. Bleibt der Gemeinschuldner aus, so braucht derselbe nicht nochmals geladen zu werden, denn der Vorschrift des § 97 Abs. 2 ist genügt, wenn das Gericht ihm Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern. Es gilt hier dasselbe wie im Falle der Anwendung des § 76. Im Falle des Ausbleibens wie bei Verweigerung der Erklärung kann aber das Gericht nicht bloss Ermittelungen anordnen, sondern auch von den Zwangsmitteln des § 98 (nicht denen des § 93) Gebrauch machen.[3]) In den in § 97 Abs. 3 vorgesehenen Fällen kann die Anhörung des Gemeinschuldners unterlassen werden. Ob die Möglichkeit gegeben ist, Vertreter oder Angehörige des Schuldners an Stelle desselben zu hören, ist ebenso in das Ermessen des Gerichtes gestellt wie die Beurteilung der Frage, welche Personen als Vertreter oder Angehörige anzusehen sind. Als solche können auch Vertreter ohne Vollmacht und Personen, welche nicht verwandt sind, z. B. Pflegekinder, zugelassen werden.[4])

4) Erforderliche Ermittelungen sind solche, welche als notwendig erscheinen, um eine Überzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit der vom Gemeinschuldner vorgebrachten Einwendungen zu begründen. Wenn der letztere sich damit begnügt, das Vorhandensein der Zahlungsunfähigkeit einfach in Abrede zu stellen, oder die von dem Gemeinschuldner behaupteten Thatsachen als rechtlich unerheblich anzusehen sind, wird deshalb die Anordnung von Ermittelungen in der Regel nicht geboten sein. Behauptet der Schuldner, er habe mit seinen Gläubigern oder doch mit dem Antragsteller einen Vertrag abgeschlossen, nach welchem das Konkursverfahren überhaupt oder doch in einem bestimmten Zeitraum nicht beantragt werden dürfe, so ist zunächst zu prüfen, ob ein solcher Vertrag als rechtsverbindlich anzusehen ist. Enthält die Einwendung des Schuldners die Behauptung, es sei ihm wegen seiner Verbindlichkeiten von den Gläubigern eine Stundung gewährt worden, so ist der Einwand als erheblich anzusehen, denn wenn von dem Gemeinschuldner zur Zeit Zahlung nicht gefordert werden darf, so liegt auch eine in die äussere Erscheinung getretene Zahlungsunfähigkeit nicht vor.[5]) Geht die Behauptung dahin, dass der Antragsteller versprochen habe, seine Forderung in bestimmter Frist überhaupt nicht geltend zu machen, so wird dieselbe gleichfalls als erheblich anzusehen sein, denn

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 79, 80, 81; Fitting S. 283 § 35 Anm. 13; Hellmann, Lehrbuch S. 983; v. Sarwey S. 593 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. II. S. 190. A. M. Meisner S. 274 Anm. 4; Stieglitz S. 462 Anm. f.; Willenbücher S. 153 Nr. 4; v. Wilmowski S. 309 Nr. 4.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 594 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. II. S. 189; v. Wilmowski S. 309 Nr. 4.

[3]) Vgl. Meisner S. 273 Anm. 2; v. Sarwey S. 594 Nr. 6, der (wohl infolge eines Druckfehlers) auf § 93 verweist; Stieglitz S. 462, 463 Anm. g.

[4]) Vgl. Hellmann, Lehrbuch S. 984; v. Völderndorff Bd. II. S. 192.

[5]) Vgl. Ldg. Kiel 3. Juli und Ldg. Altona 8. Okt. 1886, Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 511—513. A. M. Seestern-Pauly ebendas. S. 513 ff., dessen Ausführungen nicht als zutreffend anzusehen sind.

ein solcher Vertrag erscheint als bindend und in dem Antrage auf Konkurseröffnung ist eine Geltendmachung der Forderung zu finden. Behauptet der Schuldner dagegen, der Gläubiger habe sich nur verpflichtet, den Antrag auf Konkurseröffnung nicht zu stellen, so wird die Behauptung nicht durchschlagen können, weil ein solcher (prozessualischer) Vertrag nicht rechtsverbindlich ist.[1])

5) In der Reichstagskommission wurde dem Abs. 2 auf Antrag von Vahls die jetzige Fassung gegeben, um das Missverständnis auszuschliessen, „dass es nach der Glaubhaftmachung eines weitern Nachweises nicht bedürfe“. Dagegen wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem auch im Falle des § 97 der Schuldner zur Einlieferung des in § 96 Abs. 2 vorgesehenen Verzeichnisses und der Vermögensübersicht angehalten werden sollte, abgelehnt. Von Hagens wurde hierauf ohne Widerspruch bemerkt: „dass darnach die Vorschrift, welche den Schuldner zur Einreichung eines Verzeichnisses der Gläubiger und Schuldner, sowie einer Übersicht der Vermögensmasse unbedingt und allgemein verpflichte, nur dann gelte, wenn der Schuldner den Antrag auf Eröffnung des Verfahrens selbst gestellt habe.“ (K. S. 75—77.) Auch wenn ein Gläubiger den Antrag gestellt hat und der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit bestreitet, darf übrigens das Gericht die Einreichung der fraglichen Schriftstücke verlangen, da dieselbe zu den „erforderlichen Ermittelungen“ gehören kann.[2])

§ 98.

Das Gericht kann die zwangsweise Vorführung und die Haft des Schuldners anordnen. Dasselbe kann alle zur Sicherung der Masse dienenden einstweiligen Anordnungen treffen. Es kann insbesondere ein allgemeines Veräusserungsverbot an den Schuldner erlassen.

Wird das Verbot öffentlich bekannt gemacht, so findet auf Pfand- und Hypothekenrechte, welche im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes nach der Bekanntmachung des Verbots erworben oder eingetragen worden sind, die Bestimmung des § 12 entsprechende Anwendung.

Bei der Abweisung des Eröffnungsantrages sind die angeordneten Sicherheitsmassregeln aufzuheben.

(E. § 98; M. S. 329—331; K. S. 77, 162; pr. K.-O. § 137.)

1) Die preussische Konkursordnung (§ 137) erklärte das Konkursgericht für befugt, in dringenden Fällen bereits vor der Beschlussfassung über die Konkurseröffnung die Verhaftung des Gemeinschuldners, eine Siegelung, den offenen Arrest und eine Beschlagnahme der Liegenschaften auf Antrag eines Gläubigers oder von Amts wegen eintreten zu lassen. Diese Befugnis wurde in den Motiven (S. 329, 330) damit gerechtfertigt, dass in Fällen, in denen vor der Eröffnung des Verfahrens Ermittelungen anzuordnen seien, welche längere Zeit in Anspruch nehmen könnten, der Zweck des Konkursverfahrens, eine gleichmässige Befriedigung der Gläubiger zu erzielen, durch Handlungen des Schuldners oder einzelner

[1]) Vgl. Kohler in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 319 ff. und in Buschs Zeitschr. Bd. 11 S. 309 ff.; Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 288 § 114 Anm. 16.

[2]) Vgl. Fitting S. 283 § 35 Anm. 13; v. Sarwey S. 593 Nr. 6; Stieglitz S. 463; v. Völderndorff Bd. II. S. 189.

Gläubiger nicht vereitelt werden dürfe. Auch wurde hervorgehoben, durch die Vorschriften der C.-P.-O. über das richterliche Pfandrecht (§§ 709 und 810) werde die Gefahr einer Vereitelung dieses Zweckes durch die pfändenden Gläubiger nicht unbedeutend erhöht; damit gewännen die vorläufigen Sicherheitsanordnungen an Wichtigkeit und würden häufiger als bisher zur Anwendung kommen müssen. Demgemäss lässt § 98 ebenfalls schon vor der Eröffnung des Verfahrens Sicherheitsmassregeln aller Art sowohl gegen die Person des Gemeinschuldners wie gegen dessen Vermögen zu. Das Gericht hat darüber nach eigenem Ermessen zu entscheiden und wird sich hierbei durch die Umstände des Einzelfalles leiten lassen. Wo nicht der Gemeinschuldner selbst die Eröffnung des Verfahrens beantragt, oder sonst die Voraussetzungen der Konkurseröffnung klar vorliegen, wird das Gericht in der Regel solche Massregeln vermeiden, welche den Kredit des Gemeinschuldners vernichten oder unwiederbringlich schädigen können. Durch Siegelung, Erlass von Veräusserungsverboten, Eintragung von Sperrvermerken in den Grund- und Hypothekenbüchern ist, wie in den Motiven a. a. O. hervorgehoben wurde, in vielen Fällen ein genügender Schutz für die Gläubiger ohne rücksichtslose Härte gegen den Gemeinschuldner zu erreichen. Zur Erlassung der vorgesehenen Massregeln ist nur das Konkursgericht zuständig. Ein anderes Gericht kann Sicherheitsmassregeln gegen den Gemeinschuldner nur dann verfügen, wenn die Voraussetzungen der §§ 796 ff. der C.-P.-O. vorliegen. Bezüglich der Zeit, von welcher an das Gericht die vorgesehenen Massregeln treffen kann, enthält das Gesetz keinerlei Beschränkung. Dieselben können also unmittelbar nach der Einreichung des Antrages erfolgen. Es liegt aber in der Natur der Sache, dass eine Entscheidung erst dann getroffen wird, wenn die „Zulassung" des Antrages feststeht. Hat der Gemeinschuldner selbst die Konkurseröffnung beantragt, so werden die erforderlichen Massregeln in der Regel gleichzeitig mit der Konkurseröffnung, andernfalls je nach der vorhandenen Gefahr in dem Augenblicke verfügt werden, in welchem die Anhörung des Schuldners angeordnet wird, oder unmittelbar nachdem dieselbe stattgefunden hat.

Die Anwendung des § 98 setzt zwar nicht voraus, dass das Konkursverfahren eröffnet bezw. vom Konkursgerichte in bestimmte Aussicht genommen worden ist. Dessenungeachtet kann das Gericht von den ihm durch die erwähnte Vorschrift eingeräumten Befugnissen keinen Gebrauch machen, wenn es den Antrag auf Konkurseröffnung zurückgewiesen hat. Dies ergiebt sich mit Bestimmtheit aus der Schlussbestimmung des §, nach welcher bei Abweisung des Eröffnungsantrages die früher angeordneten Sicherheitsmassregeln aufgehoben werden müssen.[1]) Die Anwendung dieser Vorschrift setzt nur einen Antrag auf Konkurseröffnung, nicht einen besondern Antrag auf Anordnung von Sicherheitsmassregeln voraus. Letztere sind vielmehr von Amts wegen anzuordnen. Die durch diese Massregeln entstehenden Kosten gehören zu den Kosten des Eröffnungsverfahrens und fallen dem Antragsteller zur Last, wenn dessen Antrag zurückgewiesen wird. (M. S. 331.) Wird das Verfahren eröffnet, so sind auch diese Kosten zu den Massekosten (§ 52 Z. 1) zu rechnen, da das der Eröffnung vorhergehende Verfahren nach § 51 G.-K.-G. hinsichtlich der Gerichtsgebühren als Teil des Konkursverfahrens anzusehen ist.[2]) Nachdem das Konkursverfahren eröffnet worden ist, kann das Gericht einstweilige Anordnungen zur Sicherung der Masse nicht mehr treffen. Vielmehr kommen nun die für den Fall der Konkurseröffnung gegebenen Vorschriften zur Anwendung. Der Verwalter hat sofort von der Masse Besitz zu ergreifen. (§ 107.) Verfügungen, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung trifft, sind nach § 6 nichtig. Der gleichzeitig mit der Konkurseröffnung zu erlassende offene Arrest (§ 108) und die Vorschrift des § 7 werden Dritte regelmässig abhalten, Leistungen an den Gemeinschuldner zu bewirken.[3])

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 194 Anm. 3.

[2]) Vgl. Meisner S. 277; Wengler S. 491 Nr. 6; Willenbücher S. 155 Nr. 7; v. Wilmowski S. 314.

[3]) Vgl. O.-L.-G. Dresden 15. Febr. 1883, Wengler Arch. N. F. Bd. V. S. 33; v. Wilmowski S. 311.

Die vor der Konkurseröffnung getroffenen Sicherheitsmassregeln bleiben übrigens in Kraft, soweit sie nicht ausdrücklich aufgehoben werden.

2) Die zwangsweise Vorführung und die Haft, von welcher im § die Rede ist, kommen hier nur als Sicherungsmassregeln in Betracht. Die Haft kann nicht bloss — wie im Falle des § 93 — nach vorgängigem Gehör des Gemeinschuldners, sondern auch in der Weise angeordnet werden, dass ein solches nicht stattfindet. Dies ergiebt sich aus der verschiedenen Fassung der beiden §§. Der Zweck der Haft ist auch in beiden Fällen nicht der gleiche, da es sich bei § 98 im wesentlichen um einen Sicherheitsarrest handelt. (Vgl. §§ 798 und 801 der C.-P.-O.)[1]) Statt der eigentlichen Haft können übrigens, wie bei dem „persönlichen Sicherheitsarrest" der C.-P.-O., unzweifelhaft auch sonstige Beschränkungen der persönlichen Freiheit verfügt werden. Welcher Art die im übrigen zu treffenden Massregeln sein sollen, ist im Gesetze nicht bestimmt; es ist also, wie bei den „einstweiligen Verfügungen" der C.-P.-O., dem Ermessen des Gerichtes ein weiter Spielraum gelassen.[2]) Die betr. Anordnung muss jedoch zur Sicherung der Masse dienen und ausserdem eine einstweilige sein, d. h. sie darf nicht derart in die Rechte Dritter eingreifen, dass daraus unersetzlicher Schaden entsteht. Hiernach kann z. B. nicht die Schliessung eines Ladens oder einer Fabrik verfügt werden. Das im Gesetze besonders hervorgehobene Veräusserungsverbot soll, abgesehen von seinen sonstigen Wirkungen, welche sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestimmen, insbesondere die Benachteiligung der Gläubiger durch fernere Zwangsvollstreckungen und das damit verbundene Pfändungspfandrecht verhindern. Die sofortige Untersagung aller Zwangsvollstreckungen, wie sie das englische Recht gestattet, wurde als unthunlich angesehen, weil dadurch für den Fall der Zurückweisung des Eröffnungsantrages die andringenden Gläubiger in ungerechtfertigter Weise geschädigt werden könnten. Es soll aber den durch Pfändung oder Arrest erworbenen Pfandrechten, sofern es zur Konkurseröffnung kommt, den Konkursgläubigern gegenüber die dingliche Kraft versagt werden. Diese Wirkung des Veräusserungsverbotes tritt, wenn dasselbe öffentlich bekannt gemacht wurde, mit der Bekanntmachung ein, durch welche die Kenntnis des Verbotes, kraft einer rechtlichen Fiktion, ersetzt wird. (M. S. 330, 331.) Auf freiwillig eingeräumte Pfandrechte bezieht sich die Vorschrift des §, wie in der Reichstagskommission (K. S. 77) von Hagens bemerkt wurde, nicht. Vielmehr hat es bezüglich dieser bei den Vorschriften über die Anfechtbarkeit sein Bewenden. Hinsichtlich der Art und Weise, in welcher das Veräusserungsverbot wirkt, ist auf Bem. 3 zu § 12 zu verweisen. Der Richter hat die Unwirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern ebenso wie die Nichtigkeit des § 6 von Amts wegen zu berücksichtigen. (Vgl. Bem. I. 5 zu § 6 S. 40.) Hatte der Erwerber von dem Veräusserungsverbote Kenntnis, obgleich dasselbe noch nicht öffentlich bekannt gemacht war, so ist die Veräusserung als unwirksam anzusehen. Die wirkliche Kenntnis des Verbotes kann nicht eine schwächere Wirkung haben als diejenige Kenntnis, welche lediglich fingiert wird.[3]) Soweit es sich um unbewegliche Sachen handelt, kann die Landesgesetzgebung vorschreiben, dass das Veräusserungsverbot in die öffentlichen Bücher einzutragen ist und dass von da ab keine Absonderungsrechte mehr erworben werden können.

3) Bezüglich des Verfahrens und der Aufhebung der getroffenen Verfügungen wurde in den Motiven (S. 331) bemerkt: „Alle zulässigen Sicherheitsmassregeln fallen unter den Begriff des Arrestes oder der einstweiligen Verfügungen; sie zeichnen sich dadurch vor

[1]) Vgl. Fitting S. 285 § 35 Anm. 22; v. Sarwey S. 596 Nr. 2; Stieglitz S. 464; Willenbücher S. 154 Nr. 2; v. Wilmowski S. 311. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 84 § 20 Anm. 20.

[2]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. Bem. III. 3 zu §§ 814 ff. S. 1120; v. Sarwey S. 596 Nr. 3; Stieglitz S. 464 Anm. a.; v. Völderndorff Bd. II. S. 197; Willenbücher S. 154 Nr. 3.

[3]) Vgl. v. Mandry S. 220 § 21 Nr. II. 3; Meisner S. 276; Stieglitz S. 465; v. Völderndorff Bd. II. S. 199; v. Wilmowski S. 313 Nr. 3 a. E.

ihnen aus, dass sie nicht die Sicherung einer einzelnen Forderung, sondern die aller bestehenden Konkursforderungen bezwecken. Auf das Verfahren finden daher die Vorschriften der C.-P.-O. Buch VIII. Abschnitt V zwar in einzelnen Punkten entsprechende Anwendung; in vielen Beziehungen aber verbietet sich eine Anwendung durch die Verschiedenheit des Konkurs- und des Vorverfahrens im Verhältnisse zu einem Rechtsstreite unter einzelnen Parteien; die getroffenen Massregeln kann z. B. der Schuldner nicht durch Kautionsleistung aufheben (§§ 803 und 813 ff. C.-P.-O.); die Aufhebung der Massregeln kann nur zugleich mit der Abweisung des Antrages auf Konkurseröffnung erfolgen u. s. w."

Was die Abwendung der in Frage stehenden Massregeln durch den Gemeinschuldner anbelangt, so erscheint die Bemerkung in den Motiven als vollkommen zutreffend. Da es in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, ob es von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen will, hat weder der Gemeinschuldner ein Recht darauf, die in Frage stehenden Massregeln durch Sicherheitsbestellung abzuwenden, noch können die Gläubiger deren Anordnung durch das Anerbieten einer Sicherheitsleistung erzwingen: Die Anwendung der §§ 803 und 813 C.-P.-O. ist schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Geldbetrag, welcher die Erreichung des erstrebten Zweckes vollständig sichert, gar nicht festgestellt werden kann, vielmehr nur eine Summe, welche die Befriedigung sämtlicher Konkursgläubiger sichern, also das ganze Verfahren beseitigen und die Sicherheitsmassregeln überflüssig machen würde, genügen könnte.[1]) Dagegen ist es nicht unzulässig, dass die Anordnung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht und dem Schuldner gestattet wird, den Vollzug derselben durch Sicherheitsleistung abzuwenden. Das Gericht kann nicht gehindert sein, nach seinem freien Ermessen Bedingungen zu stellen und dadurch den Gemeinschuldner oder den Gläubiger vor einem unersetzlichen Schaden zu bewahren. Dass die Anordnung einer bestimmten, von einem Gläubiger beantragten Sicherheitsmassregel von einer durch diesen zu bewirkenden Sicherheitsleistung abhängig gemacht wird, kann nicht ausgeschlossen sein, da es im Belieben des Gerichtes steht, die Anordnung ganz zu unterlassen. Insofern kann ebenso wie bei Gestattung eines Arrestes (§ 801 Abs. 2 C.-P.-O.) verfahren werden. Auch wird nichts im Wege stehen, wenn das Gericht eine bestimmte Massregel, z. B. die Verhaftung, deshalb unterlassen will, weil der Gemeinschuldner dafür Sicherheit bestellt, dass er sich nicht entfernt, was z. B. durch Bürgschaftsleistung geschehen kann. Das Gericht ist weder nach der einen noch nach der andern Richtung beschränkt.[2])

Soweit es sich um die Aufhebung der angeordneten Massregeln handelt, kann das Gericht seine durch Beschwerde angegriffene Verfügung nicht mehr abändern, da die Befugnis zur Abänderung nicht wie im Falle des § 87 (Bem. III. 1 §§ 85 ff.) ausdrücklich eingeräumt ist, sonach § 540 Abs. 3 C.-P.-O. zur Anwendung kommen muss. Daraus folgt aber nicht, dass es dem Gericht untersagt ist, die Massregel selbst, nachdem der Zweck derselben erreicht oder dieselbe überflüssig geworden ist, wieder aufzuheben. Darin liegt an sich nicht eine Abänderung des Beschlusses. Auch sprechen dieselben Gründe, welche die Befugnis zur Aufhebung des Arrestes wegen veränderter Umstände rechtfertigen, dafür, dass auch im Konkursverfahren dieses Recht bestehe, und muss deshalb § 807 C.-P.-O. Abs. 1 entsprechende Anwendung finden. Nach den Motiven scheint es allerdings, dass nach der Auffassung des Verfassers derselben die einmal beschlossene Massregel nur im Falle der Abweisung des Eröffnungsantrages aufgehoben werden könne. Aber diese Äusserung kann nur auf die Aufhebung oder Zurückziehung des Beschlusses bezogen werden und ist jedenfalls nicht bindend. Sowie es zulässig sein muss, dass eine Sicherungsmassregel, z. B. die Haft, nur wegen bestimmter Umstände und für die Zeit, in welcher dieselben bestehen, angeordnet werde, und dass dieselbe aufgehoben wird, wenn eine Veränderung der Umstände eingetreten ist, so

[1]) Vgl. Fitting S. 286 § 35 Anm. 25; Meves S. 122; v. Sarwey S. 599; Stieglitz S. 467; v. Völderndorff Bd. II. S. 194, 195; v. Wilmowski S. 312.

[2]) Vgl. Fitting, v. Völderndorff und v. Wilmowski a. a. O.

muss die Aufhebung auch dann gestattet sein, wenn die Beschränkung zwar nicht ausdrücklich der Anordnung beigefügt wurde, aber die Massregel ihre Bedeutung verloren hat.[1])

Wird der Antrag auf Konkurseröffnung zurückgewiesen, so muss nach § 98 Abs. 2 gleichzeitig mit der Zurückweisung auch die Aufhebung der vorläufig angeordneten Sicherheitsmassregeln erfolgen und zwar muss dieselbe von Amts wegen verfügt werden. (K. S. 162.) Die Aufhebung tritt ebenso wie die Anordnung der Sicherheitsmassregeln sofort in Wirksamkeit, obgleich gegen die Zurückweisung des Antrages auf Konkurseröffnung sofortige Beschwerde zusteht. Diese Beschwerde hat nach § 535 C.-P.-O. keine aufschiebende Wirkung; es liegt die Sache also vorerst ebenso, als ob der Antrag sofort zurückgewiesen worden und die Anordnung der Sicherheitsmassregeln gar nicht erfolgt wäre. Falls die Entscheidung des Konkursgerichtes durch Beschwerde angefochten wird, kann dasselbe übrigens nach § 535 Abs. 2 anordnen, dass die Vollziehung der Entscheidung einstweilen ausgesetzt werde. Ebenso kann das Beschwerdegericht nach Abs. 3 dieses § dies verfügen oder die einstweiligen Sicherheitsmassregeln neuerdings anordnen.[2]) Dass die angeordneten Sicherheitsmassregeln auch aufzuheben sind, wenn der Antrag auf Eröffnung des Verfahrens vor der Konkurseröffnung zurückgezogen wird (Bem. I. 1 zu §§ 95 ff.), versteht sich von selbst. Haben mehrere Gläubiger in zulässiger Weise die Eröffnung des Verfahrens beantragt, so kann die Aufhebung der einstweiligen Anordnungen nur dann erfolgen, wenn der Antrag von allen zurückgenommen wird, da nur in diesem Falle die Sache in den frühern Stand zurückversetzt und der getroffenen Anordnung die rechtliche Grundlage entzogen wird.

§ 99.

Die Abweisung des Eröffnungsantrages kann erfolgen, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E. § 99; M. S. 331; K. S. 77; pr. K.-O. §§ 120, 306, 327, 339.)

1) Dass das Gericht den Eröffnungsantrag durch förmlichen Beschluss abzuweisen hat, wenn den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprochen worden ist oder die erforderlichen Nachweise nicht in ausreichender Weise beigebracht werden, wurde in den Motiven (S. 331) als selbstverständlich vorausgesetzt, im Gesetze aber nicht ausdrücklich ausgesprochen. In der Reichstagskommission wurde vorgeschlagen, in § 99 hinter „kann“ das Wort „auch“ einzuschalten. Diese Einschaltung sollte deutlich hervortreten lassen, dass es sich hier nur um einen einzelnen Fall der Abweisung handelt. Der Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem erklärt worden war: „Bei Abfassung des Entwurfes sei in Frage gekommen, ob man nicht sagen wolle: „„kann insbesondere erfolgen, wenn u. s. w.““ Indessen stehe die Sache nach § 94 anders; wenn dessen Voraussetzungen nicht gegeben seien, müsse die Abweisung erfolgen.“ (K. S. 77.) Die Kosten des Eröffnungsverfahrens fallen dem abgewiesenen Antragsteller zur Last. (Vgl. Bem. 3 zu § 98.)

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 84; Fitting S. 268 § 35 Nr. IV.; Stieglitz S. 466; v. Völderndorff Bd. II. S. 199; Willenbücher S. 155 Nr. 6; v. Wilmowski S. 313 Nr. 4. A. M. v. Sarwey S. 599, welcher annimmt, nur die zum Zwecke der Durchführung richterlicher Auflagen verhängte Haft könne, wenn dieser Zweck erreicht worden sei, oder § 794 der C.-P.-O. zur Anwendung komme, wieder aufgehoben werden.

[2]) Vgl. Fitting S. 287 § 35 Anm. 26; Meisner S. 277; v. Sarwey S. 599; Stieglitz S. 467; Wengler S. 491 Nr. 5; Willenbücher S. 154 Nr. 6. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 199, 200; v. Wilmowski S. 313 Nr. 4.

2) Die Befugnisse des Gerichtes, wegen Geringfügigkeit der Konkursmasse die Konkurseröffnung abzulehnen, welche bereits im Gebiete der preussischen Konkursordnung (§§ 306, 339) zu Recht bestand und sich als zweckmässig erwies, hat darin ihren Grund, dass die Zulassung des Konkurses über eine Vermögensmasse, welche voraussichtlich durch die Kosten des Verfahrens aufgezehrt werden wird, niemand zum Vorteil gereicht und als eine ungerechte Härte gegen die Konkursgläubiger erscheint, welchen § 11 jede Vollstreckung gegen den Gemeinschuldner abschneidet. Dass hier die mit Pfand-, Hypotheken- oder sonstigen Absonderungsrechten belasteten Vermögensstücke der Masse insoweit nicht zugerechnet werden dürfen, als nicht aus denselben ein Überschuss für die Konkursgläubiger zu erwarten ist, ergiebt sich aus § 3. Ob die durch § 749 der C.-P.-O. nicht betroffenen, an die Person des Gemeinschuldners geknüpften, Einkünfte in Ermangelung andern Vermögens eine ausreichende Masse bilden, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen. Häufig wird dasselbe die Frage deshalb zu verneinen haben, weil durch ältere Pfändungen derjenige Teil dieser Einkünfte, welcher der Vollstreckung unterliegt, auf lange Jahre hinaus in Anspruch genommen ist. Es wird aber auch in vielen Fällen gerechtfertigt sein, dass das Gericht trotz der Geringfügigkeit der augenblicklich verfügbaren Masse das Konkursverfahren eröffnet, weil dies die Möglichkeit gewährt, durch Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners Befriedigungsgegenstände für die Gläubiger herbeizuschaffen, welche denselben sonst entzogen bleiben würden. (M. S. 331, 332.)[1])

Der Umstand, dass die Genossenschafter für die Genossenschaftsschulden samtverbindlich haften, kann dagegen die Konkurseröffnung über das Genossenschaftsvermögen, sofern es an einer ausreichenden Konkursmasse fehlt, nicht rechtfertigen, weil diese Haftbarkeit nur von den Gläubigern, nicht von der Genossenschaft selbst, sonach auch nicht vom Konkursverwalter geltend gemacht werden, die Genossenschaft vielmehr nur Einzahlung der Geschäftsanteile verlangen kann.[2]) Der Richter wird übrigens von der ihm durch § 99 eingeräumten Befugnis nur dann Gebrauch machen, wenn die Unzulänglichkeit der Masse klar vorliegt. Die Konkurseröffnung, welche den Interessen der Gläubiger mehr als die Abweisung des Eröffnungsantrages entspricht, ist im Zweifel der letztern schon deshalb vorzuziehen, weil ein genaues, das Eröffnungsverfahren verzögerndes Abschätzungsverfahren nicht vorgeschrieben wurde und das Konkursverfahren (nach § 190) jederzeit wegen Unzulänglichkeit der Masse wieder eingestellt werden kann. Der Antragsteller ist zwar nach § 82 G.-K.-G. nur zum Vorschusse der in § 53 des letztern Gesetzes bestimmten Gebühr ($^3/_{10}$) verpflichtet, kann aber durch einen bedeutenderen Vorschuss etwaige Bedenken des Richters bezüglich der Kostendeckung beseitigen.[3])

§ 100.

Der Eröffnungsbeschluss hat die Stunde der Eröffnung anzugeben.

Ist dies versäumt worden, so gilt als Zeitpunkt der Eröffnung die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluss erlassen ist.

(E. § 100; M. S. 332—334; K. S. 77; pr. K.-O. §§ 122 und 328.)

[1]) Vgl. Urt. des pr. Obertrib. v. 30. Nov. 1874, Seuffert, Arch. Bd. 31 S. 379; Endemann, Konkursverf. S. 88; Puchelt in Buschs Zeitschr. Bd. III. S. 9 ff.; v. Sarwey S. 601 Nr. 3; Stieglitz S. 468; v. Völderndorff Bd. II. S. 202; Willenbücher S. 155 Nr. 2; v. Wilmowski S. 314; Ldg. Dresden 6. Sept. 1881, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 493.

[2]) Ldg. Zwickau 14. Febr. 1882, Arch. f. civ. Pr. Bd. 70 S. 159 ff.

[3]) Vgl. Cosack S. 34 Nr. 1; Endemann a. a. O. S. 88, 89; v. Sarwey S. 601 Nr. 3; Stieglitz S. 468; v. Völderndorff Bd. II. S. 204; v. Wilmowski S. 314.

1) In den Motiven (S. 332) wurde bezüglich des § bemerkt, die Eröffnung falle mit dem Augenblicke der Verkündigung des Beschlusses auch dann zusammen, wenn diese ausnahmsweise auf einen spätern Termin vertagt werde, da erst durch die Verkündung der Beschluss bindende Kraft erhalte. Diese aus den Motiven zum ersten Entwurfe herübergenommene Bemerkung ist aber nicht mehr zutreffend, weil in der Konkursordnung nicht wie im Entwurfe zu einer Gemeinschuldordnung (§ 110) die Verkündung des Eröffnungsbeschlusses vorgeschrieben, sondern derselbe gemäss § 103 und unter entsprechender Anwendung des § 294 C.-P.-O. den Beteiligten durch öffentliche Bekanntmachung, welche nach § 68 die Stelle der Zustellung vertritt und, soweit thunlich, durch besondere Zustellung mitzuteilen ist. (§ 103 Abs. 3.)[1] Eine besondere Zustellung an den Gemeinschuldner ist in diesem § zwar nicht vorgeschrieben, muss aber mit Rücksicht auf § 101 sowie auf die materiellen und prozessualen Wirkungen des Beschlusses (§§ 5 ff. K.-O., § 218 C.-P.-O.) erfolgen.[2] Nach Abs. 1 ist die Eröffnung selbst, nicht der Zeitpunkt der Bekanntmachung oder Zustellung entscheidend. Die Eröffnung hat aber stattgefunden, sobald der Beschluss vom Gerichte erlassen worden ist, d. h. die im Gesetze vorgesehenen Verfügungen getroffen worden sind.[3] Dabei kann es natürlich nicht auf den Augenblick ankommen, in welchem der Amtsrichter für sich zum Entschlusse kam, dass die Konkurseröffnung notwendig sei, sondern auf den Zeitpunkt, in welchem diesem Entschlusse Folge gegeben und derselbe ausgesprochen wurde. Nach der preussischen Konkursordnung (§ 121) fiel der Zeitpunkt der Konkurseröffnung auf die Stunde, in welcher der Beschluss „gefasst" wurde. Da die Beschlussfassung durch ein Kollegium erfolgte, handelte es sich aber auch dort um einen äussern Akt, nicht um einen innerlichen Vorgang, und es besteht zwischen der Vorschrift der preussischen Konkursordnung und der Bestimmung des § ein wesentlicher Unterschied nicht. Nur ist hier, da eine Abstimmung nicht stattfindet, derjenige Augenblick entscheidend, in welchem der Amtsrichter die ihm zustehende Entscheidung in bindender Weise ausgesprochen hat. Dies ist dann geschehen, wenn der Beschluss förmlich niedergeschrieben und unterschrieben worden ist. Dass der Richter den Entschluss zur Eröffnung des Verfahrens gefasst und den Gerichtsschreiber mit der Abfassung des Beschlusses beauftragt hat, wird nicht genügen, weil der Eröffnungsbeschluss nicht verkündet wird und die Vollziehung desselben (§ 103) die schriftliche Form voraussetzt, welche in dem erwähnten Falle noch fehlt. Andererseits darf aber auch nicht mehr als die schriftliche Abfassung und Unterschrift verlangt werden.[4] Der Augenblick der Verkündung kann nicht massgebend sein, weil eine solche überhaupt nicht vorgeschrieben ist. Auf den Zeitpunkt der Zustellung kann es aber schon deshalb nicht ankommen, weil die Stunde der Eröffnung in dem Beschlusse anzugeben, also in diesen vom Richter aufzunehmen ist, derselbe aber die Zeit, zu welcher die Zustellung stattfindet, nicht zum voraus bestimmen kann. Eine nachträgliche Feststellung der Zustellungszeit durch den Gerichtsschreiber kann als Angabe im Eröffnungsbeschlusse nicht angesehen werden.[5] Auch von der Übergabe des Beschlusses an den Gerichtsschreiber kann dessen Wirksamkeit nicht abhängig sein, denn diese setzt voraus, dass der Beschluss

[1] Vgl. Fitting S. 289 § 36 Anm. 37; Meisner S. 278; Meves S. 120; v. Sarwey S. 603, 604; Stieglitz S. 469; v. Völderndorff Bd. II. S. 208; v. Wilmowski S. 315 Nr. 2.

[2] Vgl. Fitting S. 293 § 36 Anm. 43; Stieglitz S. 470; v. Völderndorff Bd. II. S. 222.

[3] Vgl. die in Anm. 1 genannten Schriftsteller. A. M. ist Wengler S. 494 Nr. 2, welcher im Anschlusse an die Motive die Eröffnung erst von der Verkündung des Beschlusses an beginnen lässt, ferner: Fuchs S. 117 und König S. 57.

[4] Vgl. Meves S. 120; v. Sarwey S. 604 Anm. * und S. 605; Stieglitz S. 469; v. Völderndorff Bd. II. S. 208 Anm. 14; Willenbücher S. 155; v. Wilmowski S. 315, 316 Nr. 2.

[5] A. M. Fitting in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 5 Anm. 14 und Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 25, welcher annimmt, der Eröffnungsbeschluss sei erst dann perfekt, wenn er den Beteiligten verkündet oder zugestellt worden sei, welchem Zwecke jedoch die gemäss § 103 erfolgende Bekanntmachung nicht genüge; ebenso Endemann, Konkursverf. S. 92.

bereits erlassen worden ist und in bindender Form vorliegt.[1]) Durch die Unterschrift des Beschlusses begiebt sich der Richter hiernach der Befugnis, eine andere Entscheidung zu treffen, und steht rechtlich fest, dass das Verfahren eröffnet worden ist. Ob sich der Augenblick, in welchem der Beschluss unterzeichnet worden ist, leicht feststellen bezw. die Richtigkeit der im Beschlusse angegebenen Zeit nachprüfen lässt, kann nicht entscheidend sein. Ein gesetzmässiges Verfahren liegt nur dann vor, wenn der Richter diejenige Zeit, zu welcher er den Beschluss unterzeichnet, auch in demselben als die Eröffnungsstunde angiebt und dann den Beschluss an den Gerichtsschreiber abgiebt. Sollte der Richter den Beschluss unterzeichnen, ehe derselbe vollständig ist, sonach die Zeitangabe offen lassen, so würde Abs. 2 des § zur Anwendung kommen.[2])

2) Die Zeitangabe selbst ist allerdings nicht als eine Entscheidung, sondern als eine Beurkundung anzusehen. Daraus folgt aber nicht, dass der Eröffnungsbeschluss nicht wegen falscher Zeitangabe angefochten werden kann, denn diese bildet einen wesentlichen für den Umfang der Wirkungen entscheidenden Bestandteil des Beschlusses. In einem derartigen Falle richtet sich jedoch die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss als solchen, nicht gegen die Zeitangabe.[3]) Die Abhilfe gegen eine unrichtige Zeitangabe kann auch lediglich auf dem Wege der Beschwerde, nicht durch einen Gegenbeweis vor dem Prozessgerichte erlangt werden, da ein solcher Gegenbeweis nach § 382 der C.-P.-O. ausgeschlossen ist[4]) und sonst in jedem Prozesse ein anderer Zeitpunkt angenommen werden könnte. Enthält der Beschluss die Angabe der Eröffnungsstunde nicht, so kann derselbe wegen Unvollständigkeit angefochten werden. § 100 Abs. 2 bestimmt nur, was geschehen soll, wenn der Beschluss die formelle Rechtskraft beschritten hat, oder der richtige Zeitpunkt sich nachträglich nicht mehr ermitteln lässt.[5]) Wie die in Abs. 2 des § aufgestellte Rechtsvermutung erst dann unbedingt massgebend wird, ist, wenn der Beschluss die Rechtskraft erlangt hat, so ist auch die Bezeichnung der Eröffnungsstunde erst dann unbedingt entscheidend, wenn der Beschluss nicht mehr angefochten werden kann.[6]) Eine Begründung des Beschlusses ist nicht vorgeschrieben, erscheint aber mit Rücksicht auf das Beschwerdeverfahren als angemessen.

3) Nach französischem Rechte (Art. 441 C. de com.) und nach der preussischen Konkursordnung (§ 122) war der Tag des Eintritts der Zahlungseinstellung vom Konkursgerichte und zwar sofort bei der Konkurseröffnung festzusetzen. Dies ist vorgeschrieben worden, damit die Möglichkeit abweichender Entscheidungen in den vor verschiedenen Gerichten zu verhandelnden Prozessen ausgeschlossen werde und weil man das Konkursgericht allein für befähigt hielt, die Sachlage vollständig zu übersehen. Eine solche Festsetzung erfolgt nun nach der Konkursordnung nicht in allgemeiner Weise durch das Konkursgericht, sondern es hat, wenn in einem Prozesse über die Zeit der Zahlungseinstellung Streit entsteht, darüber das Prozessgericht in derselben Weise wie über andere Streitpunkte zu entscheiden. In den Motiven (S. 332—334) wurde diese Abweichung ausführlich gerechtfertigt.

[1]) A. M. Fitting a. a. O. S. 5 und 6, ferner: Hullmann S. 249; Meisner S. 278; v. Wilmowski S. 315 Nr. 2.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 605; Stieglitz S. 469; v. Wilmowski S. 316. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 209 Anm. 15.

[3]) Vgl. Wengler S. 495; Willenbücher S. 155 Nr. 2; v. Wilmowski S. 316 Nr. 2. A. M. Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 29; v. Sarwey S. 605; v. Völderndorff Bd. II. S. 209.

[4]) Vgl. Petersen, C.-P.-O. § 382 S. 606 und die dort angeführten Schriftsteller. A. M. sind: Seuffert (IV. Aufl.) S. 479 Nr. 2, Hellmann, Lehrbuch S. 536, 537.

[5]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 91; Wengler S. 495; v. Wilmowski S. 316 Nr. 3.

[6]) Vgl. Wengler S. 495; Willenbücher S. 155 Nr. 2; v. Wilmowski S. 316. A. M. v. Sarwey S. 605; v. Völderndorff Bd. II. S. 209, 210.

§ 101.

Die sofortige Beschwerde steht gegen den Eröffnungsbeschluss nur dem Gemeinschuldner, gegen den abweisenden Beschluss nur demjenigen zu, welcher den Eröffnungsantrag gestellt hat.

(E. § 101; M. S. 334, 335; K. S. 77, 78; pr. K.-O. §§ 120, 124, 125, 327, 330, 331.)

1) § 101 lässt die sofortige Beschwerde sowohl gegen den Eröffnungsbeschluss wie gegen den abweisenden Beschluss zu. Es kommen hienach im allgemeinen die Vorschriften der C.-P.-O. besonders § 540 zur Anwendung. (Vgl. jedoch Bem. 3.) Die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss ist in Übereinstimmung mit der preussischen Konkursordnung nur dem Gemeinschuldner gestattet worden, weil die Konkurseröffnung, welche auf den Antrag des letztern oder eines Gläubigers ausgesprochen wird, im Interesse der sämtlichen Gläubiger erfolgt und deshalb nicht von einem einzelnen Gläubiger, dessen Interesse ein anderes sein kann, zum Gegenstande der Beschwerde gemacht werden darf. Gegen den abweisenden Beschluss steht die Beschwerde nur demjenigen zu, welcher den Konkursantrag gestellt hat, aber jedem Antragsteller, insbesondere auch dem Gemeinschuldner, welcher die Konkurseröffnung beantragte. (M. S. 434, 435.) Der letztere kann selbstverständlich gegen den Eröffnungsbeschluss dann Beschwerde nicht erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hat; in diesem Falle giebt es also regelmässig überhaupt keine Beschwerde. Nur dann kann auch der Gemeinschuldner den auf seinen (angeblichen) Antrag ergangenen Eröffnungsbeschluss durch Beschwerde anfechten, wenn er behauptet, der gestellte Antrag sei in Wirklichkeit nicht von ihm ausgegangen oder von ihm rechtzeitig zurückgezogen worden.[1]) Gegen den abweisenden Beschluss kann nach der bestimmten Fassung des Gesetzes auch der Gemeinschuldner nur dann Beschwerde erheben, wenn er selbst den Antrag gestellt hatte; es steht aber in seiner Hand, wenn dies nicht geschehen war, nun seinerseits die Eröffnung zu beantragen, und falls er zurückgewiesen wird, Beschwerde zu erheben. Dem Testamentsvollstrecker wird, wenn das Konkursverfahren über einen Nachlass eröffnet worden ist, regelmässig neben den Erben das Recht der Beschwerde zustehen, denn es ist seine Aufgabe, den letztwilligen Verfügungen des Erblassers Geltung zu verschaffen und den Nachlass zu verwalten; er muss daher auch die rechtliche Möglichkeit haben, alles zu thun, um das Konkursverfahren, welches die Erfüllung dieser Aufgabe unmöglich machen würde, zu verhindern.[2])

2) Bezüglich der Art und Weise, in welcher die sofortige Beschwerde zu erheben und durchzuführen ist, muss auf die Erläuterungen zu den §§ 530—540 C.-P.-O. im Kommentar von Petersen verwiesen werden. Die Beschwerdefrist beginnt mit der Bekanntmachung bezw. mit der Zustellung des Beschlusses. (Bem. III. 1 zu § 66 S. 314.) Wenn die Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss Erfolg hat, so ist dieser Beschluss aufzuheben, ohne dass eine Einstellung des Verfahrens erforderlich wäre.[3]) Im entgegengesetzten Falle kann das Beschwerdegericht das Konkursverfahren selbst eröffnen, aber auch wegen der mit der Eröffnung verbundenen Anordnungen, welche zum Teil nur vom Konkursgerichte ausgehen können (vgl. Bem. 1 zu §§ 103 ff.) diesem Gerichte die erforderlichen Anordnungen übertragen. (§ 538 C.-P.-O.)[4]) Wenn der Beschluss des Amtsgerichtes abgeändert wird, kann dann vom Gegner

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 607; v. Völderndorff Bd. II. S. 211; Willenbücher S. 156 Nr. 2; v. Wilmowski S. 317 Nr. 3. A. M. Meves S. 124 und Wengler S. 496.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 27. Juli 1887, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. VIII. S. 236.

[3]) Vgl. Ldg. Chemnitz in Wengler, Arch. N. F. Bd. II. S. 792.

[4]) Vgl. Willenbücher S. 156 Nr. 4; v. Wilmowski S. 318.

der Beschluss des Beschwerdegerichtes angefochten werden, da dieser durch die ergangene Entscheidung zum ersten Mal beschwert wird. Dieses Recht steht auch dem Gemeinschuldner zu, wenn seine Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluss zurückgewiesen wurde und er einen neuen selbständigen Beschwerdegrund im Sinne des § 531 der C.-P.-O. geltend machen kann, z. B. seine Beschwerde als unzulässig oder als verspätet zurückgewiesen worden ist. In der Reichstagskommission (K. S. 78) erwiderte Hagens auf die Bemerkung von Goldschmidt, dem Gemeinschuldner stehe nur eine einmalige Beschwerde zu, dass die weitere Beschwerde nicht schlechthin ausgeschlossen sei.[1]) Bezüglich der Zurücknahme des Eröffnungsantrages nach Einlegung einer Beschwerde ist Bem. I. 1 zu §§ 95 ff. zu vergleichen.

3) Da die Beschwerde aufschiebende Wirkung nicht hat, werden durch dieselbe die Wirkungen des Eröffnungsbeschlusses nicht gehemmt. Auch kann das Beschwerdegericht nicht auf Grund des § 535 der C.-P.-O. anordnen, dass die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses auszusetzen sei, der nach den §§ 102 und 103 sofort ausgeführt bezw. bekannt gemacht werden muss.[2]) Durch einstweilige Verfügungen kann jedoch die Verwertung der Masse untersagt und in anderer Weise dafür gesorgt werden, dass schwere oder gar nicht zu ersetzende Nachteile abgewendet werden, welche den Gemeinschuldner in ungerechtfertigter Weise treffen würden, falls der Eröffnungsbeschluss aufgehoben werden sollte.[3]) Die von Rechts wegen eintretenden Wirkungen der Konkurseröffnung (§§ 5 ff.) können vom Gerichte nicht ausgeschlossen werden. Bezüglich der in § 103 vorgesehenen öffentlichen Bekanntmachung könnte übrigens eine Aussetzung durch das Beschwerdegericht auch deshalb nicht wirksam werden, weil die Bekanntmachung sofort zu erfolgen hat, also regelmässig geschehen sein muss, wenn die Beschwerde an das Beschwerdegericht gelangt. Hat der Amtsrichter die Konkurseröffnung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht von den im § 98 vorgesehenen Massregeln Gebrauch machen. (Vgl. Bem. 3 zu § 98 S. 379.)[4])

§ 102.

Bei der Eröffnung des Konkursverfahrens ernennt das Gericht den Konkursverwalter, verordnet einen nicht über einen Monat hinauszusetzenden Termin zur Beschlussfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses, erlässt den offenen Arrest und bestimmt die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin.

Das Gericht kann die Termine verbinden, wenn die Konkursmasse von geringerem Betrage oder der Kreis der Konkursgläubiger von geringerem Umfange ist.

(E. § 102; M. S. 335; K. S. 77, 78; pr. K.-O. § 128.)

1) Gleichzeitig mit dem Eröffnungsbeschlusse bezw. im unmittelbaren Anschlusse an denselben sind diejenigen Massregeln anzuordnen, welche keinen Aufschub dulden, um die Masse zu sichern und das Verfahren in Gang zu setzen. Die Ernennung des Verwalters

[1]) Vgl. dagegen Stieglitz S. 471 Anm. a. u. Endemann, Konkursverf. S. 94.

[2]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 792 § 116 Anm. 1; v. Wilmowski S. 317 Nr. 1. A. M. sind: Fitting S. 289 § 35 Anm. 37; Meisner S. 279; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 9; v. Sarwey S. 606 Nr. 1; Stieglitz S. 471; v. Völderndorff Bd. II. S. 211.

[3]) Vgl. Fitting S. 289 § 35 Anm. 37; v. Sarwey S. 606; v. Wilmowski a. a. O.

[4]) Vgl. noch v. Wilmowski S. 317 Nr. 1.

der Erlass des offenen Arrestes (§ 108), die Bestimmung der Anmeldefrist (§ 126) und die Ansetzung des ersten Termins sowie des Prüfungstermins sind hiernach gleichzeitig durch eine Anordnung zu erledigen. Im ersten Termin („Wahltermin") ist über die Wahl eines andern Verwalters (§ 72) sowie über die Bestellung eines Gläubigerausschusses Beschluss zu fassen und sind die Mitglieder eines solchen zu wählen (§ 79). In demselben hat auch der Verwalter über die Lage der Sache zu berichten (§ 119) und haben die Gläubiger über die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners, die Hinterlegungsstelle und die Art der Geschäftsverwaltung zu beschliessen (§ 120). Bei der Wichtigkeit dieser Fragen hat es die Konkursordnung dem Gerichte zur Pflicht gemacht, den Termin nicht über einen Monat hinauszusetzen. Diese Frist darf hiernach nicht überschritten, es braucht aber nicht eine Frist von einem Monat gewährt zu werden. Vielmehr genügt es, dass die Frist, welche zwischen der Bekanntmachung und dem ersten Termine liegt, einerseits den Gläubigern die Möglichkeit gewährt, im Termine zu erscheinen, andererseits dem Verwalter hinreichende Zeit lässt, um sich auf seine Berichterstattung vorzubereiten. In Abs. 2 wird dem Gerichte für den Fall, dass die Konkursmasse von nicht erheblichem Umfange oder dass der Kreis der Konkursgläubiger ein beschränkter ist, die Befugnis beigelegt, das Verfahren durch Verbindung des Wahl- und des Prüfungstermines abzukürzen. In diesem Falle ist bei Festsetzung des Termines darauf Rücksicht zu nehmen, dass nach § 126 die geringste Dauer der Anmeldefrist mindestens drei Wochen, die Frist aber, welche zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegen muss, mindestens eine Woche beträgt. (M. S. 335.) Wegen des Beginnes der Frist ist § 68 Abs. 1 zu vergleichen. Die in Abs. 1 aufgezählten Massregeln hat das Gericht in allen Fällen von Amts wegen zu treffen. Dasselbe kann auch zugleich einen vorläufigen Gläubigerausschuss bestellen (§ 79); doch wird dies nur ausnahmsweise gleichzeitig mit der Konkurseröffnung geschehen.

2) Ob der Richter von der ihm durch Abs. 2 eingeräumten Befugnis Gebrauch machen will, ist in sein Ermessen gestellt. Soweit es sich um die Frage handelt, ob der „Kreis der Konkursgläubiger" von geringerem Umfange ist, wird es übrigens nicht auf die räumliche Entfernung der Gläubiger vom Sitze des Konkursgerichtes, sondern auf die Zahl der Gläubiger und der von denselben geltend zu machenden Forderungen ankommen. Für die Zusammenlegung der Termine, welche mit einer Abkürzung der Frist nicht verbunden zu sein braucht, ist nicht der Umstand entscheidend, ob die Gläubiger in kurzer Zeit zum Gerichtssitze reisen können, sondern der Umfang der zu erledigenden Geschäfte. Ist eine kleine Zahl von entfernt wohnenden Gläubigern vorhanden, so kann die Zusammenlegung sogar ganz besonders angezeigt sein, um den Gläubigern das mehrmalige Erscheinen und die Vertretung zu ersparen.[1])

§ 103.

Der Gerichtsschreiber hat die Formel des Eröffnungsbeschlusses, den offenen Arrest, die Anmeldefrist und die Termine sofort öffentlich bekannt zu machen.

Die Bekanntmachung ist, unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1, auszugsweise in den Deutschen Reichsanzeiger einzurücken.

An die ihrem Wohnorte nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt besondere Zustellung.

[1]) Vgl. dagegen Fitting S. 293 § 36 Text und Anm. 10; v. Völderndorff Bd. II. S. 216.

§ 104.

Der Gerichtsschreiber hat unter Bezeichnung des Konkursverwalters beglaubigte Abschriften der Formel des Eröffnungsbeschlusses den Behörden für die Führung des Handels- oder Genossenschaftsregisters oder ähnlicher Register und der Dienstbehörde des Gemeinschuldners mitzuteilen.

§ 105.

Sobald eine den Eröffnungsbeschluss aufhebende Entscheidung die Rechtskraft erlangt hat, ist die Aufhebung des Verfahrens öffentlich bekannt zu machen. Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104 finden entsprechende Anwendung.

§ 106.

Inwiefern die Eröffnung oder Aufhebung des Konkursverfahrens in das Grund- oder Hypothekenbuch einzutragen, und wie eine solche Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

(E. §§ 103—106; M. S. 335, 336; K. S. 78, 79; pr. K.-O. §§ 123, 126, 128, 329, 331.)

1) Die in den §§ 103 und 104 vorgesehenen Bekanntmachungen und Zustellungen hat der Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes unmittelbar nach dem Erlasse des Eröffnungsbeschlusses von Amts wegen bewirken zu lassen. Die Vorschrift betrifft unmittelbar nur die Thätigkeit des Gerichtsschreibers, der die Bekanntmachung „sofort“ zu besorgen hat, mittelbar aber auch den Konkursrichter, dessen Sache es ist, den Eröffnungsbeschluss unmittelbar nach der Unterschrift (vgl. Bem. 1 zu § 100) an den Gerichtsschreiber gelangen zu lassen. Dass zu der Niederschrift des Beschlusses ein Gerichtsschreiber verwendet werden muss, folgt aus der Vorschrift des § nicht.[1]) Die Vorschrift des § 103 Abs. 1 entspricht derjenigen des § 68 Abs. 1 und muss beachtet werden, widrigenfalls eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Bekanntmachung überhaupt nicht vorliegt. Der Abs. 2 dieses § entspricht dagegen der Vorschrift des § 68 Abs. 2. Es wird dem Richter nicht bloss eine Befugnis eingeräumt. Vielmehr soll ein Auszug aus der Bekanntmachung in den Reichsanzeiger eingerückt werden. Geschieht dies nicht, so ist aber, wenn dem Abs. 1 genügt wurde, die Bekanntmachung doch in rechtswirksamer Weise erfolgt und kann ebensowenig angefochten werden, als wenn die in Abs. 3 vorgeschriebene besondere Zustellung unterblieben ist. In der Reichstagskommission bemerkte Hagens, dass die Bekanntmachung im Reichsanzeiger kein „Essentiale“ sein solle. Auch wurde, um den Unterschied zwischen den beiden Verfügungen deutlicher hervortreten zu lassen, von der Kommission die jetzige Fassung („unbeschadet der Vorschriften des § 68 Abs. 1“) beschlossen. (K. S. 78.)[2]) Wird

[1]) Vgl. dagegen v. Sarwey S. 609 Nr. 1.

[2]) Vgl. Fitting S. 294 § 36 a. E.; Willenbücher S. 157. A. M. v. Sarwey S. 356 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. II. S. 216.

die Eröffnung unter Aufhebung einer abweisenden Verfügung vom Beschwerdegerichte verhängt, so hat dessen Gerichtsschreiber die vorgeschriebenen Bekanntmachungen zu bewirken, soweit sie von diesem Gerichte ausgehen können, d. h. soweit es sich um die Formel des Beschlusses und den offenen Arrest handelt. Jedoch ist das Beschwerdegericht befugt, dem Konkursgerichte die erforderlichen Anordnungen zu übertragen. (§ 538 C.-P.-O.) Ordnet das Beschwerdegericht die Bekanntmachung an, was sich wegen der Dringlichkeit derselben empfiehlt, so hat die Veröffentlichung in derjenigen Zeitung zu erfolgen, welche für die Bekanntmachungen dieses Gerichtes bestimmt ist.

2) Gegenstand der Bekanntmachung ist zunächst die Formel des Eröffnungsbeschlusses, zu welcher alle wesentlichen Bestandteile desselben zu rechnen sind, sodann der offene Arrest, d. h. das nach § 108 ergehende Gebot bezw. Verbot. Die etwaige Begründung des Beschlusses ist nicht bekannt zu machen. Bezüglich des offenen Arrestes genügt es, dass auf den Erlass desselben hingewiesen und den Beteiligten, welche die Bedeutung dieser Einrichtung nicht kennen, überlassen wird, sich nach derselben zu erkundigen. Eine Wiederholung der in § 108 enthaltenen Bestimmungen, von welcher in der Praxis mit Rücksicht auf die Kostenersparung fast durchweg abgesehen wird, kann umsoweniger als unbedingt erforderlich angesehen werden, als die Wirkungen des offenen Arrestes selbst dann eintreten würden, wenn nicht einmal auf dessen Erlass hingewiesen würde. Auch eine Verweisung auf die nach den §§ 5 ff. und § 109 eintretenden Rechtsnachteile ist nicht erforderlich. Weitere Gegenstände der Bekanntmachung sind: die Anmeldefrist, der Wahltermin und Prüfungstermin, sowie (nach § 73) der Name des Konkursverwalters.

3) Unter den bekannten Gläubigern und Schuldnern, bezüglich deren die in § 103 Abs. 2 vorgesehene Bekanntmachung nicht genügt, vielmehr (in Abs. 3) eine besondere Zustellung vorgesehen ist, sind diejenigen zu verstehen, deren Namen und Wohnort dem Konkursgerichte, sei es aus dem gemäss § 96 übergebenen Verzeichnisse, sei es aus andern Quellen, bekannt ist. Zu besondern Erhebungen ist das Gericht in dieser Beziehung nicht verpflichtet.[1]) Überhaupt gilt die in Abs. 2 vorgesehene öffentliche Bekanntmachung nach § 68 Abs. 3 als genügende Zustellung an die Beteiligten, so dass eine Zuwiderhandlung gegen § 103 Abs. 3 weitere Folgen nicht hat.[2]) Dass dem Gemeinschuldner, obgleich dies nicht besonders vorgeschrieben wurde, der Eröffnungsbeschluss besonders zuzustellen ist, wurde bereits bei § 100 (Bem. 1 S. 381) hervorgehoben. Dem Verwalter ist die Konkurseröffnung gleichzeitig mit seiner Ernennung mitzuteilen. Die in den §§ 104 und 106 vorgesehenen Mitteilungen sind im öffentlichen Interesse bezw. mit Rücksicht auf den öffentlichen Glauben der in Frage stehenden Register angeordnet worden. Die Wirksamkeit des Beschlusses ist jedoch durch die Mitteilungen an die betreffenden Behörden bezw. die Eintragung in die öffentlichen Bücher nicht bedingt.[3]) Nach § 111 können weitere Mitteilungen an die Post- und Telegraphenbehörden erfolgen, soferne die dort vorgesehenen Anordnungen getroffen werden.

4) Wird vom Amtsgerichte oder Beschwerdegerichte die Konkurseröffnung beschlossen, dieser Beschluss aber zufolge einer Beschwerde vom höhern Gerichte aufgehoben, so ist nach § 105 diese Entscheidung in der im § 68 Abs. 1 vorgesehenen Weise bekannt zu machen und zwar hat der Gerichtsschreiber des die Aufhebung beschliessenden Gerichtes für die Bekanntmachung zu sorgen, wenn nichts anderes angeordnet wird. (Bem. 1.) Die Verweisung auf die §§ 103 Abs. 2 und 104 wurde von der Reichstagskommission beschlossen, damit die Aufhebung in derselben Weise wie die Eröffnung bekannt gemacht werde.

Auf die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche etwas anderes ist als die

[1]) Vgl. Ldg. Hall 15. April 1882, württemb. Gerichtsbl. Bd. 20 S. 376 und Juristenzeit. Bd. VII. S. 382.

[2]) Vgl. Ldg. Hall a. a. O.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 611; v. Wilmowski S. 319.

Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses, bezieht sich § 106 nicht; jedoch enthalten die §§ 151 und 175 gleiche Bestimmungen.

5) Zur Rechtfertigung des § 106 wurde in den Motiven (S. 335 ff.) hervorgehoben, dass es zwar von der grössten Wichtigkeit sei, die Aufhebung der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners auch in den Grund- und Hypothekenbüchern durch Vermerk der Konkurseröffnung schleunigst bekannt zu machen, dass aber eine Bestimmung, welche an die Unterlassung des Vermerkes bestimmte Rechtsnachteile knüpfe, abgesehen von sachlichen Bedenken, einen unzulässigen Eingriff in die auf unbewegliche Sachen bezüglichen Rechtsordnungen der einzelnen deutschen Staaten enthalte. Nach § 6 ist zwar jede Veräusserung oder Belastung, welche der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung vorgenommen hat, den Konkursgläubigern gegenüber nichtig und kommt dem Erwerber sein guter Glaube nicht zugut. Dagegen wird es nach den Landesrechten verschieden zu beurteilen sein, ob der Rechtsnachfolger des Erwerbers sich dem Konkursverwalter gegenüber auf seinen guten Glauben berufen darf, und ob derjenige, welcher unmittelbar vom Gemeinschuldner erworben hat, Dritten gegenüber durch seinen guten Glauben geschützt ist.[1]) Auch von einer einheitlichen Vorschrift über die Bewirkung des Vermerks glaubte man bei Aufstellung des Entwurfes absehen zu sollen. Während im Bereiche der preussischen Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 die Vermittelung des Konkursgerichtes wird eintreten müssen, kann der Verwalter sich im Gebiete des französischen Hypothekenrechtes unmittelbar an die Hypothekenbehörde wenden. Nach andern Gesetzen wird das Konkursgericht selbst berechtigt und verpflichtet sein, die Eintragung zu vollziehen oder zu veranlassen. Auch bezüglich der Form des Antrages und der Frage, wie ein Sperrvermerk betreffs Hypotheken des Gemeinschuldners zu bewirken, ob insbesondere auch die Schuldurkunde beizubringen und eine nicht auf den Namen des Gemeinschuldners eingetragene Hypothek zuvörderst auf denselben umzuschreiben sei, sind die Landesgesetze massgebend. (M. S. 336.) Nach diesen ist daher in allen Fällen zu entscheiden, ob und in welcher Weise eine Eintragung stattzufinden hat.[2]) Für Elsass-Lothringen ist die Eintragung durch § 36 des Ausführungsgesetzes vom 8. Juli 1879 vorgeschrieben. Dieselbe erfolgt auf Ansuchen des Verwalters, welcher seinem Antrage eine beglaubigte Formel des Eröffnungsbeschlusses beizulegen hat. Vgl. noch die Ausführungsgesetze für Preussen (§ 15), Bayern (Art. 33), Hessen (Art. 36), Mecklenburg (§ 10), Braunschweig (§ 16) u. s. w.

Dritter Titel.

Teilungsmasse.

(§§ 107—125.)

Vorbemerkungen.

1) Die Aufgabe des dritten Titels besteht im wesentlichen darin, aus den materiellen Grundsätzen des ersten Buches über den Umfang und Zweck der Konkursmasse sowie über die rechtliche Stellung der am Verfahren Beteiligten die praktischen Folgerungen zu ziehen. Um das Endziel des Verfahrens, die Befriedigung der Gläubiger durch Verteilung des Vermögens ihres Schuldners, zu erreichen, bedarf es vor allem der Sicherung, Feststellung und Versilberung des Vermögens; es gilt, dasselbe teilbar zu machen, eine Teilungsmasse (Aktivmasse) zu schaffen.

[1]) Vgl. Meisner S. 282; v. Sarwey S. 613; Stieglitz S. 475; Wengler S. 500; v. Wilmowski S. 320.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 101; Fitting S. 294 § 36 a. E.; König S. 58; Meisner S. 281; Meves S. 121; v. Sarwey S. 613; Willenbücher S. 157; v. Wilmowski S. 320. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 224, der die Mitteilung ohne Rücksicht auf das Landesrecht für geboten hält.

Die für die Feststellung der Teilungsmasse massgebenden allgemeinen Gesichtspunkte sind im ersten Titel dieses Buches angedeutet. Gegenüber der Bevormundung des gemeinen Rechtes und dem schrittweisen Verfahren unter obervormundschaftlicher Mitwirkung des Gerichtes, durch welches das französisch-preussische System sich kennzeichnete, wird die Konkursordnung von dem Grundsatze der Selbstverwaltung beherrscht. Im Hinblicke auf die in dem bestehenden Rechtszustande wurzelnden Anschauungen und Gewöhnungen wurde es für angemessen gehalten, diesem Grundsatze am Eingang des Titels deutlichen Ausdruck zu geben. Der Verwalter soll das zur Konkursmasse gehörige Vermögen ohne Verzug in Besitz und Verwaltung nehmen und dasselbe in geeigneter Weise verwerten. Dadurch wird die grundsätzliche Unabhängigkeit des Verwalters für das vorliegende Gebiet festgestellt. Soweit nicht in den folgenden Bestimmungen etwas anderes ausdrücklich vorgeschrieben ist, haben weder die Gläubiger, noch der Gemeinschuldner, noch der Gläubigerausschuss,[1]) noch endlich das Gericht sich in die Geschäftsführung einzumischen. (M. S. 336, 337.)

2) Während im gemeinen Rechte die Anwendung der für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften auf alle im Konkurse zu treffenden Verfügungen hergebracht und dieselbe auch in einzelnen neueren Gesetzgebungen ausdrücklich vorgeschrieben war, so dass insbesondere die Veräusserungen in der Form der Zwangsversteigerung erfolgten, wurde in der Konkursordnung von solchen Vorschriften abgesehen. Ein derartiger Zwang würde weder mit der mehrfach kundgegebenen Auffassung von der Natur des Konkurses als eines allgemeinen Liquidations- nicht Vollstreckungsverfahrens vereinbar sein noch den Rücksichten der Zweckmässigkeit entsprechen. Die Konkursordnung hat es daher in Übereinstimmung mit der preussischen Konkursordnung (§ 221 Abs. 2) dem Verwalter überlassen, die Verwertung in jeder geeigneten Weise herbeizuführen. (M. S. 337.)

Auch bezüglich der zur Konkursmasse gehörigen Liegenschaften ist Verkauf aus freier Hand zulässig. Entgegenstehende Vorschriften der Landesgesetze sind durch die Konkursordnung beseitigt.[2]) Ein solcher Verkauf darf nicht deshalb als ein Akt der Zwangsvollstreckung behandelt werden, weil die Konkursordnung nicht ausdrücklich vorgeschrieben hat, dass er als solcher nicht anzusehen sei. Vielmehr ergiebt sich aus § 117, dass die Vorschriften über Zwangsvollstreckung nur insoweit Anwendung zu finden haben, als der Verwalter nach Massgabe derselben die Zwangsveräusserung betreibt.[3]) Für die unmittelbare Anwendung des § 690 der C.-P.-O. ist bei Veräusserungen, welche der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners zum Zwecke der Durchführung des Liquidationsverfahrens vornimmt, weder ein Bedürfnis vorhanden, noch hat die Konkursordnung für dieselbe Raum gelassen. Behauptet der Dritte, dass ihm ein Aussonderungsrecht zustehe, so kann er dasselbe auf dem Wege der Klage oder Einrede geltend machen, ohne dass er in dieser Beziehung einer Berufung auf § 690 bedarf. Macht derselbe aber ein Absonderungsrecht geltend, so steht ihm ein die Veräusserung hinderndes Recht nicht zu, weil er nach § 117 Abs. 1 der Veräusserung durch den Verwalter nicht widersprechen, sondern nur seine Rechte auf den Erlös geltend machen darf, sich sonach in derselben Lage befindet wie die Gläubiger, auf welche § 710 der C.-P.-O. Anwendung findet. (Bem. 3 zu §§ 116, 117 S. 409.) Soweit ein Absonderungsberechtigter nur Herausgabe des Erlöses vom Verwalter verlangt, bedarf er des § 690 der C.-P.-O. nicht. Dieser kann aber bei Verkäufen, welche der Verwalter aus freier Hand vornimmt, auch deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil solche nicht als Zwangsvollstreckungsakte anzusehen sind.[4])

[1]) Ldg. Dresden 29. Dez. 1887, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 190.

[2]) O.-L.-G. Dresden 19. Aug. 1885, Ann. Bd. VII. S. 240.

[3]) R.-G. (V.) 13. Nov. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 163. Vgl. dagegen die Urt. dieses Senats vom 13. Okt. und 6. Nov. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 1521, jur. Wochenschr. 1886 S. 414, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VI. S. 223.

[4]) Vgl. dagegen R.-G. (V.) 13. Okt. und 6. Nov. 1886 a. a. O.

3) Die in verschiedenen neueren Gesetzgebungen (pr. K.-O. §§ 131, 151 ff., 211 ff., 220 ff. und bayer. Pr.-O. Art. 1233 ff. und 1280 ff.) vorgesehene Scheidung zwischen einer einstweiligen und einer definitiven Verwaltung wurde bei Aufstellung des Entwurfes nicht für gerechtfertigt gehalten. Vielmehr entschied man sich in dieser Beziehung für das System des gemeinen Rechtes, welchem eine solche Scheidung fremd ist. Dies wurde in den Motiven (S. 337 ff.) ausführlich gerechtfertigt und sodann bemerkt: „Die Konkursordnung erkennt so wenig eine einstweilige Verwaltung an wie einen einstweiligen Verwalter. Die Beseitigung der zeitlichen Beschränkungen soll jedoch keineswegs die Bedeutung haben, dass nunmehr unbedingt und in allen Fällen mit der sofortigen Versilberung der ganzen Masse vorgegangen werden müsse; vielmehr wird die Selbstverwaltung, zu deren Ausübung der Verwalter, allein oder im Verein mit den Gläubigern, berufen ist, sich darin zu bewähren haben, dass die besondern Umstände jedes einzelnen Falles entsprechende Berücksichtigung finden. Hält man daran fest, dass nicht nur bei Verwertung der Masse die Interessen des Gemeinschuldners und der Gläubiger im grossen ganzen zusammenfallen, sondern dass auch die Beendigung des Verfahrens durch einen reellen Accord für alle Teile gleich wünschenswert ist, so ist zu erwarten, dass, wo die Versilberung irgendwie dem Abschlusse eines Accordes förderlich sein möchte, mit ihr nicht gezögert und andererseits, dass nicht durch unnötige Rücksichtslosigkeit bei den Realisierungen dem Gemeinschuldner das Interesse an dem Zustandekommen eines Accordes benommen oder seine Fähigkeit, günstige Bedingungen zu stellen, beeinträchtigt werde. In den §§ 121 Nr. 1 und 123 ist Fürsorge getroffen, dass innerhalb der Frist, welche billigerweise dem Gemeinschuldner zur Vorbereitung eines Accordes zu gewähren ist, ausserordentliche Dispositionen über die Masse mehrseitiger Prüfung unterliegen, und dass dabei dem Gemeinschuldner nicht nur Gehör, sondern auch die Möglichkeit gestattet wird, eine Beschlussfassung des Gerichtes und der Gläubigerversammlung über seinen etwaigen Widerspruch herbeizuführen. Mehr als eine thatsächliche Würdigung seiner Interessen, welche durch diese Bestimmungen gesichert wird, hat der Gemeinschuldner nicht zu beanspruchen.“ (M. S. 339, 340.)

4) Der in § 107 ausgesprochene Grundsatz enthält in Verbindung mit den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit des Verwalters (§ 74) eine Richtschnur für die Verantwortlichkeit des letztern. Es wurde nicht als die Aufgabe des Gesetzes angesehen, die Amtsverrichtungen des Verwalters im einzelnen darzulegen. Insbesondere wurde davon abgesehen, denselben nach dem Vorgange der preussischen Konkursordnung (§ 152) besonders anzuweisen, die bestehenden Miets- und Dienstverträge aufzuheben, für Vorzeigung der Wechsel und Erhebung der Proteste zu sorgen, die Erlangung von Hypothekenrechten auf Grund erworbener, aber noch nicht eingetragener Titel zu betreiben, in schwebenden Prozessen geeigneten Falles die noch zulässigen Rechtsmittel einzulegen. Ebenso wurde dessen Verpflichtung, für die Versicherung gegen Feuers- und Seegefahr zu sorgen, nicht besonders hervorgehoben. Es ist zweifellos, dass in allen diesen Beziehungen der Verwalter die Interessen der Gläubiger und diejenigen des Gemeinschuldners ins Auge zu fassen hat; ein besonderer Hinweis darauf wurde aber, weil das Gesetz keine Geschäftsanweisung sein soll, unterlassen. Die meisten Zweifel, welche bei der Rechtsanwendung bezüglich der dem Verwalter zustehenden Befugnisse angeregt worden sind, werden in der Fassung des § 107 ihre Erledigung finden. So giebt demselben die Anweisung zur Besitzergreifung die unbestreitbare Berechtigung, den Gemeinschuldner ohne weiteres Vorverfahren ausser Besitz zu setzen; eine dem Gerichtsvollzieher zu behändigende Ausfertigung des Eröffnungsbeschlusses gewährt hiezu den Vollstreckungstitel. (Bem. 1 zu § 107 S. 391.) Die Befugnis zur Besitzergreifung des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens enthält zugleich die Ermächtigung für den Verwalter, vorbehaltlich der in § 121 Z. 2 angeordneten Mitwirkung des Gläubigerausschusses die Aussonderung derjenigen Vermögensstücke vorzunehmen, welche von der Masse auszuschliessen sind. Es giebt jedoch einzelne für den Fortgang des Verfahrens wichtige Rechtshandlungen, für welche die Befugnis des Verwalters aus der allgemeinen Vorschrift des § 107

nicht mit der wünschenswerten Sicherheit gefolgert werden kann. Dahin gehören unter andern die Verfügung über die unter der Adresse des Gemeinschuldners einlaufenden Briefe u. s. w., die Fortführung des Geschäftes desselben, die Vornahme von Veräusserungen in den Formen der Zwangsvollstreckung u. s. w. Diese Fälle sollten ausser Zweifel gestellt werden. Ferner wurden die Beschränkungen festgesetzt, denen der Verwalter in der Freiheit seiner Bewegung unterworfen werden soll. Endlich waren die Rechte und Pflichten dritter Personen in Beziehung auf die Versilberung der Masse zu regeln, insoweit dieselben durch die Eröffnung des Konkurses beeinflusst oder geschaffen werden. Die in diesen Richtungen erforderlichen Vorschriften bilden den fernern Inhalt des dritten Titels. In den §§ 108—115 handelt es sich um die Feststellung und Sicherung, in den §§ 116—125 um die Verwaltung der Masse und die Verfügung über dieselbe. (M. S. 340, 341.)

§ 107.

Nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesamte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerten.

(E. § 107; M. S. 336—341; K. S. 79, 128; pr. K.-O. §§ 131, 132, 152.)

Bezüglich der Erläuterung des § ist auf die Vorbem. 1 und 4 zu verweisen, welchen nur noch folgendes beizufügen ist.

1) Der Verwalter, der nach § 102 „bei" der Eröffnung des Verfahrens ernannt wird, hat sich unmittelbar nach derselben in den Besitz der Konkursmasse zu setzen und die Verwaltung derselben zu übernehmen. Den Besitz erlangt der Verwalter in dem Sinne, dass er die Innehabung für den Gemeinschuldner auszuüben hat, wie dies auch bei andern Verwaltern fremden Vermögens der Fall ist. Für die Gläubiger kann er diese Innehabung nicht ausüben, weil er nicht diese, sondern den Gemeinschuldner vertritt. (Bem. II. 1 zu § 5 S. 30 ff.)[1]) Bedarf der Verwalter zur Besitzergreifung der im § 73 erwähnten urkundlichen Bescheinigung seiner Ernennung, so muss er deren Erteilung abwarten, welche übrigens sofort zu erfolgen hat. Soweit er nicht auf Widerstand stösst, kann er jedoch schon vor Empfang der förmlichen Ausfertigung die Verwaltung übernehmen. Findet der Verwalter Widerstand, so kann er die Hilfe eines Gerichtsvollziehers in Anspruch nehmen, welcher ihn auf Grund des Eröffnungsbeschlusses in den Besitz zu setzen hat. Dieser Beschluss bildet einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 702 Z. 3 der C.-P.-O. Die Vollstreckung ist aber nicht als eine Pfändung sondern als Erzwingung einer Handlung des Gemeinschuldners, nämlich der Herausgabe des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens an den Verwalter, anzusehen und erfolgt durch Wegnahme und Besitzeinweisung. (§§ 769, 771 der C.-P.-O.) Nicht die Eröffnung des Verfahrens, sondern die Herstellung desjenigen Zustandes wird erzwungen, auf welchen der Verwalter zufolge der Konkurseröffnung und gemäss § 107 ein Recht hat. Ein weiteres Zwangsmittel steht dem Verwalter insofern zu Gebot, als er nach § 93 die Anordnung der Haft gegen den Gemeinschuldner erwirken kann. Verweigert ein Dritter die Herausgabe von Gegenständen, welche zur Konkursmasse gehören, so kann diese nicht auf Grund des Eröffnungsbeschlusses mit Hilfe des Gerichtsvollziehers erzwungen

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 447; Fitting S. 295 § 37 Anm. 2; v. Sarwey S. 619; Schultze Konkursr. S. 39 a. E.; Willenbücher S. 158; v. Wilmowski S. 322. A. M. sind in verschiedenen Richtungen: v. Canstein in Grünhuts Zeitschr. Bd. IX. S. 481, 482; Oetker, Verfolgungsr. S. 81 ff., welcher juristischen Besitz annimmt; L. Seuffert, Zur Gesch. u. Dogmatik des deutschen Konkursr. S. 103, welcher den Besitz des Verwalters durch das Pfandrecht der Gläubiger erklärt, und v. Völderndorff Bd. II. S. 232, der den Besitz des Verwalters dem abgeleiteten Besitze des Sequesters gleichstellt.

werden. Vielmehr muss der Verwalter Klage erheben.[1]) Da sich seine Befugnisse nur auf das „zur Konkursmasse gehörige Vermögen“ erstrecken, hat derselbe von Gegenständen, welche unzweifelhaft nicht im Eigentume des Gemeinschuldners stehen oder nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen (Bem. II. zu § 1), nicht Besitz zu ergreifen, sondern dieselben dem Gemeinschuldner zu belassen. Im Zweifel ist es geboten, alle vorhandenen Gegenstände vorläufig in Verwahrung zu nehmen, um deren Veräusserung durch den Gemeinschuldner zu verhindern. Dritten gegenüber kann der Verwalter nicht dafür verantwortlich werden, dass er Gegenstände, welche nicht zur Masse gehören, dem Gemeinschuldner überlassen und dieser dieselben veräussert hat. Er ist nicht verpflichtet, die Interessen solcher Personen zu wahren. Die nach der Konkurseröffnung aus einer Beschädigung oder dem Verluste solcher im Besitze des Gemeinschuldners befindlicher Sachen entspringenden Entschädigungsansprüche Dritter können weder als Masseforderungen noch als Konkursforderungen geltend gemacht werden. Eine Verpflichtung des Verwalters kommt nicht in Frage, weil diesem eine Verfügungsgewalt über die in Frage stehenden Gegenstände nicht zusteht. Der Anspruch gegen den Gemeinschuldner ist aber nicht als Konkursforderung anzusehen, weil er nach der Konkurseröffnung entstanden ist. Nimmt der Verwalter die Dritten gehörigen Gegenstände in Verwahrung, was im Zweifel geschehen wird, so hat er allerdings auch für die gehörige Aufbewahrung zu sorgen und belastet dann die Masse mit der Haftung für Verlust und Schaden. (§ 52 Z. 1.)[2]) Die Gegenstände, bezüglich deren lediglich ein Absonderungsrecht besteht (§§ 3 und 39 ff.), fallen, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 79) von Hagens bemerkt wurde, unzweifelhaft unter die Vorschrift des §, da sie immerhin zur Konkursmasse gehören.

2) Was die Verwertung anbelangt, so hat dieselbe sofort zu erfolgen. Bezüglich der Art derselben ist auf die Vorbem. 2 zu verweisen. Der im Entwurfe enthaltene Ausdruck „Versilbern“ wurde von der Reichstagskommission durch den allgemeineren Ausdruck „Verwerten“ ersetzt. (K. S. 79 und 128.) Hiernach ist es nicht unbedingt und unter allen Umständen erforderlich, dass gegen bares Geld veräussert wird. Vielmehr kann der Verwalter, wenn es im Interesse der Masse liegt, auch ein bestimmtes Vermögensstück, z. B. eine Fabrik, ein Landgut u. s. w., zunächst vertauschen und dann das eingetauschte Grundstück verkaufen.[3]) Bezüglich der Veräusserung einer Firma ist Bem. I. 2 zu § 1 S. 3 zu vergleichen.

§ 108.

Durch den offenen Arrest wird allen Personen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache in Besitz haben oder zur Konkursmasse etwas schuldig sind, aufgegeben, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen oder zu leisten, auch die Verpflichtung auferlegt, von dem Besitze der Sache und von den Forderungen, für welche sie aus der Sache abgesonderte Befriedigung in Anspruch nehmen, dem Konkursverwalter innerhalb einer bestimmten Frist Anzeige zu machen.

[1]) Vgl. Fitting S. 295, 296 § 37 Anm. 2 und 3; Hellmann, Lehrbuch S. 989; König S. 59, 60; Meves S. 127; v. Sarwey S. 619; L. Seuffert a. a. O. S. 103; Stieglitz S. 477; v. Völderndorff Bd. II. S. 227, 228; Wengler S. 503; Willenbücher S. 158, 159; v. Wilmowski S. 322.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 618; Willenbücher S. 158; v. Wilmowski S. 323. A. M. Meves S. 126, 127; v. Völderndorff Bd. II. S. 231 Anm. 17.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 620; v. Völderndorff Bd. II. S. 239.

§ 109.

Wer die Anzeige über den Besitz von Sachen des Gemeinschuldners innerhalb der bestimmten Frist zu machen unterlässt, haftet für allen aus der Unterlassung oder Verzögerung der Anzeige entstehenden Schaden.

(E. §§ 108, 109; M. S. 341—343; K. S. 79, 80; pr. K.-O. §§ 145—148.)

1) Nach § 7 wird der gute Glaube der Schuldner des Gemeinschuldners bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Konkursverfahrens vermutet; von da ab wird ein an den Gemeinschuldner leistender Schuldner von der Leistung zur Konkursmasse nur dann befreit, wenn er beweist, dass ihm die Konkurseröffnung unbekannt war. Die öffentliche Bekanntmachung der Eröffnung geschieht durch die im § 103 angeordnete Veröffentlichung. Auf diese hätte man sich vom Standpunkte des strengen Rechtes aus beschränken können, da niemand sich mit der Unkenntnis der gesetzlichen Folgen einer Thatsache entschuldigen kann. Mit Rücksicht auf die Bedeutung dieser Folgen und darauf, dass die Unkenntnis derselben seitens der Verpflichteten auch die Konkursgläubiger der Gefahr thatsächlicher Verluste aussetzt, hat sich aber die Konkursordnung im Anschlusse an die preussische Konkursordnung und die bayerische Prozessordnung für die Beibehaltung des gemeinrechtlich unter dem Namen des „offenen Arrestes“ hergebrachten öffentlichen „Generalinhibitoriums“ entschieden. Derselbe ist nicht ein wesentlicher Bestandteil der auf die Eröffnung bezüglichen Bekanntmachung, so dass eine Weglassung den Schuldner, der trotz Kenntnis von der Konkurseröffnung an den Gemeinschuldner gezahlt hat, den Konkursgläubigern gegenüber vor der doppelten Zahlung nicht schützen würde; sein einziger Zweck ist vielmehr, rechtsirrtümliche Zahlungen und Leistungen an den Gemeinschuldner thatsächlich nach Möglichkeit zu verhindern. (M. S. 341.) Hier ist unter dem Besitze sowohl der juristische Besitz als die blosse Innehabung zu begreifen. Der offene Arrest erstreckt sich auf unbewegliche wie auf bewegliche, aber nur auf solche Sachen, welche einen Bestandteil der Konkursmasse bilden. Hat jemand den Besitz von Gegenständen in der Weise erlangt, dass die Sache nicht mehr zum Vermögen des Gemeinschuldners gehört, so findet § 109 auch dann keine Anwendung, wenn die Übergabe infolge eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes erfolgte. Die in Frage stehende Sache kann nicht als eine „Sache des Gemeinschuldners“ angesehen werden, wenn auch der Verwalter deren Rückgewähr fordern kann.[1]) (Vgl. Bem. III. 1 und 2 zu § 22 S. 96—101.) Ebensowenig sind dritte Personen, welchen ein Aussonderungsrecht an den in ihrem Besitze befindlichen Sachen zusteht oder welche Eigentümer derselben zu sein glauben, zur Anzeige verpflichtet.[2]) Nur wenn es sich herausstellt, dass der Anspruch nicht begründet ist, kann unter Umständen eine Entschädigungspflicht wegen Unterlassung der Anzeige entstehen. (Bem. 3.) Auf Postsendungen, insbesondere auf Wertbriefe und Postanweisungen, welche für den Gemeinschuldner bestimmt sind, aber sich noch in den Händen der Postanstalt befinden, kann § 109 gleichfalls Anwendung nicht finden. Solange der Gegenstand der Sendung der als Empfänger bezeichneten Person nicht ausgeliefert worden ist, kann der Absender die Aushändigung der Sendung verhindern und verlangen, dass die Sendung bezw. das eingezahlte Geld ihm zurückgegeben werde. (Postordnung vom 8. März 1879 § 29.) Aus dieser dem Absender zustehenden Verfügungsbefugnis ergiebt sich aber, dass der Gegenstand der Sendung nicht zur Masse gehört, solange

[1]) Vgl. Stieglitz S. 481; v. Wilmowski S. 324.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 151; v. Sarwey S. 622; v. Völderndorff Bd. II. S. 246, 247; Willenbücher S. 160; v. Wilmowski a. a. O.

die Aushändigung an den Empfänger nicht stattgefunden hat.[1]) In dieser Richtung wird übrigens durch die in § 111 vorgesehene Anordnung meistens Abhilfe geschaffen.

Bezüglich der Frachtgüter, welche der Eisenbahnverwaltung übergeben worden sind, ist für die Frage, ob dieselben dem offenen Arreste unterliegen, der Umstand entscheidend, ob die Verfügungsbefugnis durch Dispositionspapiere oder durch Frachtbrief (Art. 402 H.-G.-B.) auf den als Empfänger bezeichneten Gemeinschuldner übergegangen ist, oder der Absender noch die Verfügungsgewalt hat. Im ersteren Falle erstreckt sich der im Konkurse des Adressaten erlassene offene Arrest auf die in Frage stehenden Güter nicht, wohl aber im letzteren Falle. Gerät in diesem Falle der Absender in Konkurs, so wird die Transportanstalt durch die Konkurseröffnung gehindert, die Ware dem Absender selbst zurückzugeben, hat vielmehr den Weisungen des Konkursverwalters Folge zu leisten. Die Ablieferung an den Adressaten hat dagegen ohne weiteres zu erfolgen, sofern der Konkursverwalter nicht andere Weisung giebt. (vgl. noch Bem. 3 a. E. S. 395)

Durch die Vorschriften des § 108 wird eine Verpflichtung zur Zahlung oder Leistung für den Schuldner in keiner Weise geschaffen. Vielmehr liegt die Sache, soweit nicht die Konkurseröffnung eine Erweiterung der bestehenden Verpflichtung (z. B. durch Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis oder des Zurückbehaltungsrechtes) begründet hat, ebenso als ob der Schuldner noch dem Gemeinschuldner gegenüber stünde. Insbesondere kann derselbe alle ihm zustehenden Einreden auch dem Verwalter gegenüber geltend machen. Der offene Arrest schafft keine neuen Verpflichtungen; er soll nur die Ausführung der bestehenden sichern. Soweit eine Leistung in Frage steht, kann dieselbe von dem Verwalter nicht anders als im ordnungsmässigen Prozessverfahren erzwungen werden, in welchem über etwaige Einwendungen zu entscheiden ist. (M. S. 342.)

2) Während nach dem Gesagten für die zu einer Zahlung oder Leistung verpflichteten Personen der offene Arrest rechtlich bedeutungslos ist und lediglich § 7 in Betracht kommt, verhält es sich anders bezüglich Derjenigen, welche eine zur Konkursmasse gehörige Sache besitzen. Auch in dieser Beziehung wird hinsichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe der fraglichen Gegenstände durch die §§ 108 und 109 nichts geändert. Vielmehr ist die Frage, ob eine solche Verpflichtung besteht, nach dem materiellen Rechte zu entscheiden. Besteht auf Seite des Besitzers eine Verpflichtung zur Übergabe (Bringschuld), so kann deren Unterlassung eine Schadenersatzforderung begründen. Diese richtet sich dann nicht nach § 109. Aber es wird durch den offenen Arrest die Verpflichtung begründet, dem Verwalter von dem Besitze der zur Masse gehörigen Gegenstände innerhalb einer vom Gerichte zu bestimmenden Frist Anzeige zu machen. Die Personen, welche behaupten, dass die von ihnen besessene Sache ihr Eigentum sei, werden, wie bereits erwähnt (Bem. 1 S. 393), von dieser Verpflichtung nicht betroffen. Wenn dieselben mit ihren Ansprüchen durchdringen, kann von einer Verpflichtung zu Schadenersatz wegen unterlassener Anzeige nicht die Rede sein. Nur wenn es sich herausstellt, dass der Anspruch nicht begründet ist, kann unter Umständen eine Entschädigungspflicht aus der Unterlassung der Anzeige entstehen.[2])

Im übrigen besteht die Anzeigepflicht für alle Personen, welche einen zur Konkursmasse gehörenden Gegenstand besitzen, gleichviel auf welchem Titel der Besitz beruht, und ob zur Zeit eine Verpflichtung zur Herausgabe besteht oder nicht. Insbesondere werden auch Absonderungsberechtigte durch die Vorschriften der §§ betroffen. (Bem. II. 2 zu § 3.) Von ihnen wird auch die Angabe ihrer Forderungen verlangt, damit der Verwalter prüfen kann, ob ein Interesse an der Einlösung oder Verwertung der Sachen besteht und der etwa (in Widerspruch mit den §§ 57, 141) unternommenen doppelten Geltendmachung eines Anspruchs entgegenzutreten vermag. (M. S. 342.) Nach dem Entwurfe sollten die Anstalten, welche auf Grund eines Vorzugsrechtes befugt sind, sich selbst aus

[1]) A. M. v. Völderndorff Bd. II S. 255 Anm. 9.

[2]) Vgl. die auf S. 393 in Anm. 2 angeführten Schriftsteller.

einem Pfande zu befriedigen, von der Anzeigepflicht ausgenommen sein. Diese Vorschrift wurde aber von der Reichstagskommission (K. S. 79, 80) gestrichen.

3) In der preussischen Konkursordnung (§ 147) war dem Besitzer, der die vorgeschriebene Anzeige nicht rechtzeitig erstattet, der Verlust aller Rechte angedroht, welche ihm an der Sache zustehen. Von einer solchen „Privatstrafe", welche die preussische Konkursordnung durch Zulassung „genügender Entschuldigung" zu mildern suchte, wurde aber abgesehen, weil sie zu hart sei und gegen absichtliche Verletzungen der Anzeigepflicht die Vorschriften des St.-G.-B. und des § 212 Z. 1 Schutz gewährten. (M. S. 342, 343.) Ob durch die Unterlassung der Anzeige der Konkursmasse ein Schaden entstanden ist, insbesondere, ob zwischen der Beschädigung und der Unterlassung ein ursächlicher Zusammenhang besteht, hat das Gericht gemäss § 260 der C.-P.-O. nach freiem Ermessen zu entscheiden. Der Beweis liegt in beiden Richtungen dem Konkursverwalter ob, der vor allem nachzuweisen hat, dass die Sache zur Konkursmasse gehört. Ist die Sache im Besitze des Dritten zu Grunde gegangen, oder hat sich der Wert eines Gegenstandes vermindert, so ist eine Verpflichtung zum Schadenersatze nur dann begründet, wenn anzunehmen ist, der Verwalter würde, wenn er rechtzeitig Anzeige erhalten hätte, die Gegenstände vor Eintritt der Zerstörung oder Wertverminderung an sich genommen und verwertet haben.[1]) Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat das Gericht nach freier Überzeugung zu entscheiden. (§§ 259 und 260 der C.-P.-O.) Dass zur Begründung der Schadenersatzpflicht der Nachweis erforderlich sei, der Besitzer habe von der Bekanntmachung Kenntnis gehabt, ist im Gesetze nicht gesagt. Vielmehr ergiebt sich aus der allgemeinen Fassung der §§, dass diese Kenntnis vermutet wird. Auch spricht der Umstand, dass eine „genügende Entschuldigung", wie sie die preussische Konkursordnung zulässt, nicht vorgesehen wurde, noch weiter dafür, dass der Nachweis eines Verschuldens nicht erforderlich sei.[2]) Es ist aber nicht anzunehmen, dass der Besitzer einer zur Konkursmasse gehörigen Sache strenger behandelt werden sollte als der Schuldner, welcher ungeachtet der Bekanntmachung an den Gemeinschuldner Zahlung geleistet hat. Deshalb wird zwar die Kenntnis der Bekanntmachung zu vermuten, der Besitzer aber unter entsprechender Anwendung des § 7 zum Beweise zuzulassen sein, dass er von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hatte.[3]) Ferner muss, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 79) hervorgehoben wurde, die Entschädigungspflicht wegfallen, wenn der Dritte, z. B. ein Leihhaus oder ein Transportunternehmer, den Namen des Eigentümers nicht kannte, also ungeachtet der Kenntnis der Bekanntmachung nicht in der Lage war, eine Anzeige zu erstatten. Der Beklagte wird deshalb entlastet, wenn er beweist, er habe nicht gewusst, dass die Sache dem Gemeinschuldner gehöre.[4]) Beweist derselbe, dass der Verwalter ohnedies von dem Vorhandensein der Sachen Kenntnis gehabt habe, so wird dadurch festgestellt, dass ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Unterlassung der Anzeige und dem entstandenen Schaden nicht besteht.

§ 110.

Gläubiger, welche abgesonderte Befriedigung aus einer in ihrem Besitze befindlichen Sache beanspruchen, haben dem Verwalter auf

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 623, 624; Stieglitz S. 482; v. Völderndorff Bd. II. S. 248; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 325 Nr. 2.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 624; Stieglitz S. 482; v. Völderndorff Bd. II. S. 248.

[3]) Vgl. v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; Willenbücher S. 160, 161; v. Wilmowski S. 325 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff a. a. O.

[4]) Vgl. Stieglitz S. 482; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 325 Nr. 2.

dessen Verlangen die Sache zur Ansicht vorzuzeigen und die Abschätzung derselben zu gestatten.

(E. § 110; M. S. 344–345; K. S. 80.)

Die den Absonderungsberechtigten auferlegte Verpflichtung hat in der Befugnis des Verwalters ihren Grund, die Veräusserung der Sache zu betreiben (§ 116) und den Überschuss aus dem Erlöse zur Konkursmasse zu ziehen. (Bem. II. 3 zu § 3.) Die Vorschrift bezieht sich auf unbewegliche wie auf bewegliche Sachen. Der Absonderungsberechtigte ist übrigens nur auf besonderes Verlangen zur Vorzeigung und zur Gestattung derjenigen Massregeln, welche die Abschätzung erfordert, zur Herausgabe aber überhaupt nicht verpflichtet, auch wenn dieselbe nur auf kurze Zeit verlangt wird. Ebensowenig besteht für ihn eine Verpflichtung, die Sache zu dem Verwalter oder den Sachverständigen verbringen zu lassen. Wenn der Verpflichtung zur Vorzeigung zuwidergehandelt wird, so kann der Verwalter die Erfüllung auf dem Wege der Klage erzwingen. Auch muss der Absonderungsberechtigte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen den durch seine Weigerung entstandenen Schaden ersetzen. Die Vorschrift des § 109 bezieht sich auf den hier in Frage stehenden Fall nicht.[1]) Die Zuständigkeit des Gerichtes, an das sich der Verwalter wendet, bestimmt sich nach den Vorschriften des G.-V.-G. und der C.-P.-O. Für die sachliche Zuständigkeit kommt es nach § 23 Z. 1 des G.-V.-G. auf den Wert des Streitgegenstandes an. Streitgegenstand ist aber hier nicht die Sache selbst, um deren Besitz sich der Streit nicht dreht, sondern das Interesse des Verwalters an der Vorzeigung und Abschätzung, das nach § 3 der C.-P.-O. nach freiem Ermessen zu würdigen ist und in der Regel 300 Mark nicht übersteigen wird.[2])

§ 111.

Die Post- und Telegraphenanstalten sind verpflichtet, auf Anordnung des Konkursgerichtes alle für den Gemeinschuldner eingehenden Sendungen, Briefe und Depeschen dem Verwalter auszuhändigen. Dieser ist zur Eröffnung derselben berechtigt. Der Gemeinschuldner kann die Einsicht und, wenn ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, die Herausgabe derselben verlangen.

Das Gericht kann die Anordnung auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters aufheben oder beschränken.

(E. § 111; M. S. 343; K. S. 80, 81; pr. K.-O. § 149, 152 Z. 3.)

1) Dem Gemeinschuldner die thatsächliche Verfügung über die unter seiner Adresse eingehenden Postsendungen und Depeschen zu entziehen, war im Interesse der Gläubiger und der Schuldner geboten. Um aber diese Gegenstände dem Verwalter zugänglich zu machen, bedurfte es gegenüber den verfassungsmässigen und reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Brief- und Depeschengeheimnis einer ausdrücklichen Vorschrift. § 111 erledigt in dieser Beziehung den in § 5 des Gesetzes vom 28. Okt. 1871 gemachten Vorbehalt und schützt die Beamten und den Verwalter vor strafrechtlicher Verfolgung. (R.-St.-G.-B. §§

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 151 § 32 Anm. 31 u. 34; v. Sarwey S. 625; Stieglitz S. 483; Willenbücher S. 161; v. Wilmowski S. 326. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 251.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 624; v. Völderndorff Bd. II. S. 252 Anm. 8.

299, 354, 355.) Die Ermächtigung erstreckt sich auf die ganze Dauer des Konkursverfahrens; die Aushändigung an den Verwalter und die Art und Weise derselben ist jedoch an eine Anordnung des Konkursgerichtes geknüpft, welches dieselbe sofort bei Eröffnung des Verfahrens erlassen, aber im Laufe desselben auf Antrag des Gemeinschuldners nach Anhörung des Verwalters wieder aufheben oder beschränken kann. Hierbei sind stets die thatsächlichen Umstände des einzelnen Falles zu berücksichtigen. Durch Abs. 2 sowie durch das Recht auf Einsicht aller Briefe und auf Herausgabe seiner Privatkorrespondenz wird der Gemeinschuldner in seinen persönlichen Rechten geschützt. (M. S. 343.) In der Reichstagskommission wurden verschiedene Anträge gestellt, nach welchen der Verwalter verpflichtet sein sollte, die Briefe wenn thunlich durch den Gemeinschuldner in seiner Gegenwart öffnen zu lassen, oder doch den Gemeinschuldner, wenn derselbe zu erlangen ist, bei der Eröffnung zuzuziehen. Diese Anträge wurden jedoch abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Nach seiner praktischen Erfahrung habe § 152 der preussischen Konkursordnung nicht dahin geführt, dass der Schuldner stets zugezogen worden wäre. Wenn der Schuldner am Orte selbst anwesend sei, pflege ihn wohl der Verwalter täglich 1—2 Stunden zu sich kommen zu lassen. Andernfalls oder im Falle irgend welcher Dringlichkeit, welche regelmässig kurz nach der Konkurseröffnung überall vorliege, öffne der Verwalter die Briefe, ohne nach dem Gemeinschuldner zu suchen, und niemals habe man hierin eine Verletzung des Briefgeheimnisses erblickt.“ Auch ein Antrag, dem zweiten Satze die Worte beizufügen: „hat jedoch dem Gemeinschuldner Kenntnis von deren Inhalt zu geben“, wurde abgewiesen, nachdem von Hagens bemerkt worden war: „Der Antrag sei überflüssig und könne zu dem Missverständnisse führen, dass der Verwalter bei Eingang jeder einzelnen Sendung dem Schuldner Mitteilung machen müsse.“ (K. S. 80, 81.)

2) Durch die Vorschrift des § wird nur eine Verpflichtung der Post- und Telegraphenanstalten, nicht eine solche der untergeordneten Bediensteten zur Herausgabe der Sendungen, Briefe und Depeschen begründet. Die Anordnung des Gerichtes ist deshalb dem Vorstande der am Orte befindlichen Post- oder Telegraphenanstalt mitzuteilen, welcher für Ausführung derselben zu sorgen hat. In der Regel wird es sich bloss um die am Wohnorte des Schuldners eintreffenden Sendungen, Briefe und Depeschen handeln; doch kann, wenn ausserhalb des Wohnortes eine Zweigniederlassung oder ein besonderes Büreau besteht, an welches Briefe und Depeschen gerichtet werden, die Anordnung auch auf diese bezogen werden.[1]) Briefe u. s. w., welche nicht an den Gemeinschuldner adressiert sind, werden auch dann, wenn sie nach der Annahme des Verwalters oder des Gerichtes für den Gemeinschuldner bestimmt sind, nicht unter die Vorschrift des § fallen. Sie sind nicht „für den Gemeinschuldner“, sondern für einen Dritten bei der Post- und Telegraphenverwaltung „eingegangen“ und müssen dem Adressaten ausgehändigt werden, da es sich hier nicht wie im Strafverfahren um eine im öffentlichen Interesse erfolgende Beschlagnahme handelt und die Bestimmung als Ausnahmevorschrift nicht über ihren Wortlaut hinaus ausgedehnt werden darf. Eine Umgehung des Gesetzes wird ohnedies nicht zu verhindern sein, wenn nicht rücksichtslos in die Interessen Dritter eingegriffen wird. Einen gewissen Schutz gegen die Umgehung gewährt § 212 Z. 1. Auch die Motive handeln nur von den „unter der Adresse des Gemeinschuldners u. s. w. eingehenden Postsendungen und Depeschen“.[2]) Von den mittels der Eisenbahn beförderten Sendungen ist im § nicht die Sprache. Auch ist die Vorschrift desselben auf derartige Sendungen nicht zu beziehen. Dieselben werden aber, da eine Verpflichtung zur Geheimhaltung hier nicht im Wege steht, ohne weiteres an den Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. II. 1 zu § 5) auszuhändigen sein.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 626; v. Völderndorff Bd. II. S. 254.

[2]) Vgl. Fitting S. 296 § 37 Nr. II.; v. Wilmowski S. 327. A. M. v. Sarwey S. 626 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 257; Willenbücher S. 162 Nr. 2.

Nur er kann die Rechte, welche dem bezeichneten Empfänger zustehen (Art. 402 und 405 H.-G.-B.) ausüben. (Vgl. auch Bem. 1 zu § 108 u. 109 S. 394.)[1])

3) Ob die in § 111 vorgesehene Massregel zu treffen sei, stellt das Gesetz in das Ermessen des Gerichtes, das die Anordnung geeigneten Falles von Amts wegen zu erlassen hat. Da sich der offene Arrest nicht auf Postsendungen u. s. w. bezieht, welche an den Gemeinschuldner gerichtet sind (Bem. 1 zu § 109) wird aber die Anordnung der Sperre in der Regel angezeigt sein, insbesondere wenn es sich um einen kaufmännischen Konkurs handelt oder aus andern Gründen anzunehmen ist, dass zahlreiche oder wichtige Geschäftsbriefe u. s. w. einlaufen. Eines Antrages des Verwalters bedarf es nicht.[2]) Auch braucht, wenn derselbe den Wunsch ausspricht, es möge von der Befugnis des § Gebrauch gemacht werden, das Gericht, wenn es dies nicht für geeignet hält, einen besondern zurückweisenden Beschluss nicht zu erlassen. Die Anhörung des Gemeinschuldners ist nicht erforderlich. Wegen Unterlassung der betr. Anordnung steht dem Verwalter nicht das Recht der Beschwerde zu, da hiezu eine „Entscheidung" vorausgesetzt wird. (Vgl. Bem. III. 2 zu § 66 S. 314.)[3]) Dagegen kann derselbe Beschwerde einlegen, wenn die Anordnung erlassen, ihr aber eine Beschränkung beigefügt worden ist. Dem Gemeinschuldner steht, da diese Anordnung als eine Entscheidung anzusehen ist, nach § 65 sofortige Beschwerde zu.[4]) Dass demselben das Recht eingeräumt ist, die Aufhebung oder Beschränkung der Anordnung zu verlangen, schliesst nicht aus, dass er auch von vornherein die Anordnung anfechten kann. Übrigens würde der Gemeinschuldner bei einer anderweitigen Auslegung sich sofort das Recht der Beschwerde dadurch verschaffen können, dass er die Aufhebung beantragt und dann den zurückweisenden Beschluss angreift.

4) Wenn der Anordnung des Gerichtes eine besondere Beschränkung nicht beigefügt wurde, welche Beifügung als zulässig anzusehen ist, erstreckt sich deren Wirkung auf die ganze Dauer des Konkursverfahrens; es kann hienach die Anordnung nicht von Amts wegen zurückgezogen werden.[5]) Der Gemeinschuldner kann jederzeit, auch wenn er mit der Beschwerde gegen die Anordnung zurückgewiesen wurde, die Wiederaufhebung beantragen und im Falle der Zurückweisung Beschwerde erheben. Die Aufhebung kann aber nicht erfolgen, ohne dass der Verwalter gehört worden ist, und es muss diesem, wenn dieselbe ungeachtet seines Widerspruches verfügt wird, das Recht der Beschwerde zustehen. Hier handelt es sich nicht um eine blosse Unterlassung, sondern um eine Entscheidung und zwar um eine solche, die gegen den Verwalter ergangen ist und ihm Rechte entzieht. Auch auf Antrag des Verwalters kann die Zurücknahme der Anordnung erfolgen. Das Gericht braucht einem solchen Antrage aber nicht zu entsprechen.[6])

5) Solange die gerichtliche Anordnung in Kraft ist, hat der Verwalter nur das Recht, nicht die Pflicht, alle Sendungen, Briefe und Depeschen zu eröffnen. Auch wird er im Geiste des Gesetzes handeln, wenn er solche Briefe u. s. w., deren Inhalt die Masse unzweifelhaft nicht betrifft, gar nicht, und solche, deren Inhalt zweifelhaft ist, wenn thunlich nur in Gegenwart des Gemeinschuldners öffnet. Das Recht des Gemeinschuldners auf Einsicht der eingegangenen Sendungen, Briefe und Depeschen, wie dasjenige auf Herausgabe der-

[1]) Vgl. Fitting S. 297 § 37 Anm. 6; v. Sarwey S. 626 Nr. 2 a. E.; Stieglitz S. 484 Anm. b.; v. Völderndorff Bd. II. S. 253 Anm. 4.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 625; v. Völderndorff Bd. II. S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 1; v. Wilmowski S. 326. A. M. Hullmann S. 252.

[3]) Vgl. noch Endemann, Konkursverf. S. 452; Fitting S. 297 § 37 Anm. 6; v. Sarwey S. 626. A. M. Stieglitz S. 484; v. Völderndorff Bd. II. S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 5; v. Wilmowski S. 327.

[4]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 451, 452; v. Völderndorff Bd. II. S. 256; Willenbücher S. 162 Nr. 5. A. M. v. Sarwey S. 626; Stieglitz S. 484.

[5]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 453; Fitting S. 297 § 37 Anm. 7; v. Sarwey S. 627 Nr. 5; Stieglitz S. 485; v. Völderndorff Bd. II. S. 259.

[6]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 258. A. M. Stieglitz S. 485.

selben, sofern ihr Inhalt die Masse nicht betrifft, wird nur wirksam, wenn derselbe ausdrücklich das Verlangen hienach ausspricht. Der Verwalter ist hienach nicht verpflichtet, vom Empfange der einzelnen Gegenstände ohne Aufforderung Mitteilung zu machen. (Bem. 1.) Dass der Verwalter sich, wenn er dem Gemeinschuldner den Eingang einer Sendung u. s. w. verheimlichte, einer Pflichtverletzung schuldig machen würde, ergiebt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes und wurde auch in der Reichstagskommission (K. S. 80) hervorgehoben. Entsteht zwischen dem Verwalter und dem Gemeinschuldner eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob ein Brief die Masse betreffe und ob demgemäss das Begehren der Herausgabe gerechtfertigt sei, so hat darüber das Konkursgericht zu entscheiden, da es sich um den Vollzug einer Anordnung desselben handelt und nicht eine privatrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des Verwalters in Frage steht.[1])

§ 112.

Der Verwalter kann zur Sicherung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen durch eine zur Vornahme solcher Handlungen gesetzlich ermächtigte Person siegeln lassen.

Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners sind durch den Gerichtsschreiber zu schliessen.

§ 113.

Der Verwalter hat die einzelnen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände unter Angabe ihres Wertes aufzuzeichnen. Der Wert ist erforderlichen Falles durch Sachverständige zu ermitteln. Bei der Aufzeichnung ist eine obrigkeitliche oder eine Urkundsperson zuzuziehen. Der Gemeinschuldner ist zuzuziehen, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern, kann das Gericht gestatten, dass die Aufzeichnung unterbleibe oder ohne Zuziehung einer obrigkeitlichen oder einer Urkundsperson vorgenommen werde.

§ 114.

Dem Verwalter liegt die Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz ob. Derselbe hat eine von ihm gezeichnete Abschrift des Inventars und der Bilanz und, wenn eine Siegelung oder Entsiegelung stattgefunden hat, die Protokolle über dieselben auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

§ 115.

Nach der Anfertigung des Inventars kann der Verwalter oder ein Konkursgläubiger den Gemeinschuldner in eine Sitzung des

[1]) Vgl. Meves S. 128 Nr. 2; Stieglitz S. 485.

Amtsgerichts, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, zur Leistung des Offenbarungseides laden.

(E. §§ 112—115; M. S. 343—346; K. S. 83, 84; pr. K.-O. §§ 152—156, 301, 335.)

I. Siegelung. (§ 112 Abs. 1.)

1) Durch die Siegelung aller Räume und Behältnisse, in welchen sich zur Konkursmasse gehöriges bewegliches Vermögen befindet, sollen die zur Konkursmasse gehörigen Sachen gesichert werden. (M. S. 343.) Das Wort „der" ist, wie auch in der Reichstagskommission hervorgehoben wurde, kein Druckfehler. (K. S. 84.) Die meisten Gesetzgebungen schreiben diese Siegelung unbedingt vor. In der Konkursordnung wurde aber von einer solchen Vorschrift abgesehen, weil dieselbe ein nicht immer gerechtfertigtes Misstrauen gegen den Gemeinschuldner bekunde, für die Konkursgläubiger selbst Gefahren enthalte und ausserdem eine Reihe von Ausnahmen getroffen werden müssten. In dieser Beziehung wurden in den Motiven besonders erwähnt: Sachen, die ihrer Natur nach nicht unter Sperre genommen werden könnten, oder wegen der Gefahr eines raschen Verderbens oder schneller Entwertung oder unverhältnismässiger Kostspieligkeit der Aufbewahrung schleunig veräussert werden müssten oder zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes notwendig seien. In manchen Fällen, zumal wenn ordnungsmässige Handlungsbücher und Inventuren vorliegen, wird eine Siegelung nicht nötig und kaum zweckmässig sein. (M. S. 344.) Dass der Verwalter, da er von der Siegelung ganz absehen kann, im Falle der Vornahme derselben einzelne Sachen ausschliessen darf, ist hienach selbstverständlich. (M. a. a. O.)

2) In welcher Weise der erwähnte Zweck am besten zu erreichen ist, insbesondere ob die vorhandenen Gegenstände in bestimmte Räumlichkeiten zu verbringen und deren Thüren zu versiegeln sind, oder ob die Versiegelung einzelner Behältnisse vorgenommen werden muss, hängt von den Umständen des Falles ab und ist in das Ermessen des Verwalters gestellt. Der Landesgesetzgebung wurde es überlassen, zu bestimmen, durch welche Personen dieser die Siegelung zu bewirken hat und in welcher Weise dieselbe vorzunehmen und zu beurkunden ist. (M. S. 344.) In Ermangelung einer besondern Vorschrift kann der Verwalter die Siegelung durch jede Person vornehmen lassen, welche zur Vornahme derselben im allgemeinen ermächtigt ist. Diese Person hat hiebei ihr Amtssiegel zu verwenden. Eine von einer andern Person oder vom Verwalter selbst vorgenommene Siegelung würde der Vorschrift des Gesetzes nicht genügen.

Dass über die Siegelung ein Protokoll zu errichten ist, liegt in der Natur der Sache und ergiebt sich auch aus § 114. Dasselbe ist von der mit der Siegelung beauftragten Person aufzunehmen und soll die Namen der bei der Siegelung mitwirkenden Personen, die Art und Weise der Versiegelung und alle sonst wesentlichen Punkte, insbesondere ein Verzeichnis der ausser Sperre gebliebenen Gegenstände enthalten.

II. Schliessung der Geschäftsbücher. (§ 112 Abs. 2.)

1) Als eine andere in allen Fällen wünschenswerte und gefahrlose Sicherungsmassregel erscheint die Schliessung der Geschäftsbücher des Gemeinschuldners. Diese soll nicht ein Bücherabschluss im kaufmännischen Sinne sein, vielmehr nur durch einfachen Vermerk am Schlusse Nachtragungen verhindern. Hierbei ist zugleich der äussere Zustand der Bücher festzustellen. Soweit die Schliessung nicht schon auf den Konkursantrag des Gemeinschuldners oder sonst vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, macht es das Gesetz dem Gerichtsschreiber zur Pflicht, sofort nach der Konkurseröffnung diese Massregel auszuführen. (M. S. 344.) In der Reichstagskommission wurde die Frage angeregt, ob nicht statt des Wortes „schliessen" besser der kaufmännische Ausdruck „abzuschliessen" gebraucht werde, worauf Hagens erklärte:

„In Abs. 2 bedeute „schliessen" nur, dass die Bücher formell sollten geschlossen werden, um eine nachträgliche Eintragung zu verhüten. „Abschliessen" würde besagen, einen sachlichen Abschluss herbeiführen." Ein Antrag, nach welchem ausdrücklich vorgeschrieben werden sollte, dass der äussere Zustand der Geschäftsbücher festzustellen sei, wurde von der Kommission abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte, es empfehle sich nicht, diese Feststellung stets obligatorisch zu machen. (K. S. 83, 84.)

2) Zu den Geschäftsbüchern gehören vor allem die Handelsbücher eines Kaufmannes. Auch andere Bücher, welche regelmässige geschäftliche Einträge enthalten, müssen aber hierher gerechnet werden, gleichviel ob dieselben von einem Kaufmanne oder von einem Nichtkaufmanne geführt werden. Es kommt nur darauf an, ob die Einträge in solchen Büchern von Erheblichkeit sind und durch nachträgliche Eintragungen gewisse Beweismomente geschaffen oder entkräftet werden können. Damit Abs. 2 des § 112 zur Anwendung kommen kann, wird vorausgesetzt, dass die vorhandenen Bücher ausschliesslich dem Gemeinschuldner gehören. Wurden dieselben von zwei Personen, z. B. zwei Rechtsanwälten, in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes geführt und ist nur eine dieser Personen in Konkurs geraten, so würde durch die Wegnahme und Abschliessung der Geschäftsbetrieb der andern Person gestört. Das braucht sich aber diese Person nicht gefallen zu lassen, da die Bücher gemeinschaftliches Eigentum der mehreren Personen sind, sonach nicht einen Bestandteil der Konkursmasse bilden. (§§ 1 und 14.)[1])

III. Aufzeichnung der zur Masse gehörigen Gegenstände. (§ 113.)

1) Hat eine Siegelung stattgefunden, so ist mit der Entsiegelung schrittweise die Aufzeichnung der sämtlichen zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände und die Angabe ihres Wertes zu verbinden. Diese Aufzeichnung ist zum Zwecke der Feststellung der Konkursmasse, zur Kontrolle des Verwalters und, um für dessen künftige Rechnungslegung einen festen Anhalt zu gewinnen, auch dann erforderlich, wenn eine Siegelung unterblieben war. Aus diesem Grunde, und um vollen Beweis für die Ausführung zu erlangen, hat das Gesetz in Anlehnung an die §§ 380 und 383 der C.-P.-O. vorgeschrieben, dass bei der Aufzeichnung eine obrigkeitliche oder Urkundsperson zugezogen werden soll. (M. S. 344, 345.) Vom Vorsitzenden wurde im Einverständnis mit den Mitgliedern der Kommission und den Regierungsvertretern festgestellt, dass die nähere Bestimmung des Begriffs „obrigkeitliche oder Urkundsperson" den Landesjustizverwaltungen bezw. den Landesgesetzgebungen überlassen bleibe. (K. S. 84 und oben Bem. I. 2.) Als Urkundsperson kann auch diejenige Person bezeichnet werden, welche die Entsiegelung vornimmt. Am zweckmässigsten ist es, wenn die nämliche Person, welche die Siegel angelegt hat, auch die Entsiegelung vornimmt. Auch über die letztere ist ein Protokoll aufzunehmen. Die Zuziehung des Gemeinschuldners ist, wenn er ohne Aufschub zu erlangen ist, in seinem eigenen wie im Interesse der Masse geboten. Die Wertangabe setzt eine Abschätzung der Sache nicht notwendig voraus. Dem Verwalter wurde absichtlich darin freie Hand gelassen, ob und in welcher Weise er eine Abschätzung bewirken will. Häufig, z. B. im Falle sofortiger Versteigerung oder eines Verkaufes zu Markt- und Börsenpreisen oder bei Fortbetrieb des Geschäftes, würde eine zeitraubende und kostspielige Abschätzung nutzlos und hinderlich sein. (M. a. a. O.) Eine Beeidigung der Sachverständigen, deren Auswahl dem Verwalter überlassen wurde, ist nicht geboten weil die Aufzeichnung als eine gerichtliche Handlung nicht anzusehen ist.[2])

2) Wegen der Wichtigkeit der Aufzeichnung wurde die Vornahme derselben nicht wie die Siegelung in das Belieben des Verwalters gestellt, sondern demselben als Regel die Pflicht auferlegt, die Aufzeichnung in umfassender Weise und in öffentlicher Urkunde vorzunehmen. Um auch für Fälle Vorsorge zu treffen, in welchen eine solche Aufzeichnung nicht

[1]) Vgl. Ldg. Bremen 8. Dez. 1884, Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 399.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 455; Stieglitz S. 489; v. Völderndorff Bd. II. S. 268; Wengler S. 511 Nr. 2; Willenbücher S. 164 Nr. 2; v. Wilmowski S. 329.

notwendig ist, wurde aber dem Gerichte die Befugnis eingeräumt, den Verwalter von der ihm auferlegten Verpflichtung zu entbinden. Mit Rücksicht auf solche Fälle, in welchen der Gemeinschuldner kurz vor der Konkurseröffnung, um einen aussergerichtlichen Vergleich zu erzielen, unter Zuziehung von Vertrauensmännern eine vollständige Aufzeichnung vorgenommen hat, oder die neuerdings vorgenommenen Inventuren und die Lagerbücher als glaubwürdig erscheinen oder das Geschäft im ganzen verkauft werden soll u. s. w., kann dasselbe nämlich gestatten, dass die Aufzeichnung ganz oder teilweise unterbleibe oder nur in der Form eines Privatverzeichnisses erfolge. Die Ermächtigung hiezu darf aber das Gericht nur auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, auf den übereinstimmenden Antrag des letzteren erteilen. (M. S. 345.) Gegen die Ablehnung seines Antrages steht dem Verwalter die Beschwerde zu, da derselbe in diesem Falle ein Recht auf eine Entscheidung hat. (Vgl. Bem. III. 2 zu § 66.)[1] Auch der Gläubigerausschuss als solcher kann, wenn sein Antrag abgelehnt wird, Beschwerde einlegen (Bem. III. 4 zu § 66 S. 315).[2] Dagegen steht dieses Recht nicht den einzelnen Mitgliedern desselben zu, welche in dieser Eigenschaft oder in derjenigen von Gläubigern nicht als Beteiligte anzusehen sind.

3) Die Aufzeichnung und Abschätzung hat das ganze zur Masse gehörige Vermögen, also auch die unbeweglichen Sachen zu umfassen[3] und erstreckt sich, da das Gesetz nicht von Sachen, sondern von Gegenständen spricht (Bem. 3 zu § 35 S. 175), auch auf die Forderungen des Gemeinschuldners, welche einen Bestandteil der Konkursmasse bilden.[4] Der Umstand, dass es zweifelhaft ist, ob ein Gegenstand zur Masse gehört, schliesst die Aufnahme in das Verzeichnis nicht aus. Vielmehr müssen auch solche Gegenstände aufgezeichnet werden, sofern der Verwalter dieselben wenigstens vorerst als Massebestandteile behandeln, d. h. nicht von vornherein aussondern will. Dasselbe gilt von solchen Sachen, welche sich im Besitze von Dritten befinden, welche der Verwalter aber zur Masse rechnet und zurückzufordern beabsichtigt. Die Aufzeichnung muss sich endlich auch auf diejenigen zur Masse gehörigen Gegenstände erstrecken, welche sich im Besitze Dritter befinden, bezüglich deren aber ein Absonderungsrecht begründet ist. Die Durchführung der Aufzeichnung und die Abschätzung solcher Gegenstände wird durch die Vorschrift der §§ 108 und 110 ermöglicht. Dass das Gericht, auch wenn es die Aufzeichnung für notwendig hält, dem Verwalter die Angabe des Wertes der einzelnen Sachen erlassen kann, wurde in der Reichstagskommission bestätigt und ist selbstverständlich, da in der grössern Befugnis auch die geringere enthalten ist.

4) Für den Fall, dass der Gemeinschuldner ein öffentliches Amt verwaltet hat, war in der preussischen Konkursordnung (§ 154) die Benachrichtigung der Behörde von dem Tage der Aufzeichnung angeordnet. Eine solche Vorschrift wurde aber für entbehrlich gehalten, weil die Konkursordnung in § 104 die Mitteilung des Eröffnungsbeschlusses an die Dienstbehörde vorgeschrieben und sich diese zur Wahrnehmung des amtlichen Interesses mit dem Verwalter in Verbindung zu setzen habe. Ebensowenig wurde das in Abs. 2 des gedachten § 145 der Dienstbehörde gewährte Recht auf Übernahme der Gegenstände zum Schätzungswerte für gerechtfertigt gehalten. (M. S. 345.)

IV. Anfertigung eines Inventars und einer Bilanz. (§ 114.)

1) Die in § 113 geregelte Aufzeichnung gewährt mit den Büchern und Papieren des Gemeinschuldners die vornehmlichste Grundlage für das Inventar und die Bilanz, deren schleunige Herstellung bezw. deren Berichtigung, falls der Gemeinschuldner Inventar und Bilanz

[1]) Vgl. Stieglitz S. 490. A. M. Fitting S. 299 § 37 Anm. 11.

[2]) Vgl. Stieglitz a. a. O.

[3]) Vgl. Meves S. 131 Nr. 6; v. Sarwey S. 630; Stieglitz S. 489; Willenbücher S. 164 Nr. 1; v. Wilmowski S. 328 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 270 Anm. 2.

[4]) Vgl. Fitting S. 298 § 37 Nr. III.; v. Sarwey, Stieglitz, Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff a. a. O.

übergeben hat, dem Verwalter obliegt. Erfordernisse und Inhalt derselben ergeben sich aus ihrer Bestimmung. Durch Inventar und Bilanz soll die Vermögenslage des Gemeinschuldners, wie sie sich durch den Konkurs den Gläubigern gegenüber gestaltet, zur klaren Anschauung gebracht werden. Es wird daher die Beobachtung der Vorschriften des Handelsgesetzbuches (Art. 29, 31), welche übrigens auch im Konkurse über das Vermögen eines Nichtkaufmannes als passender Anhalt dienen können, nicht immer genügen. Vielmehr wird das Verhältnis des Aktivvermögens zu den Schulden durch Hervorhebung der einem Absonderungsrechte unterworfenen Vermögensstücke, der Masseschulden und der mit einem Absonderungs- oder Vorrecht (§ 54) versehenen Forderungen genauer aufzuklären sein. Diese Hervorhebung ist besonders für die Stellung der Konkursgläubiger zu einem etwa später vorgeschlagenen Zwangsvergleiche von Bedeutung. Mit Rücksicht darauf empfiehlt sich auch die in der preussischen Novelle vom 12. März 1869 (zu § 155 der K.-O.) vorgeschriebene Angabe der Verfallzeit der einzelnen Schuldposten und bei Korrealverpflichtungen, namentlich bei Wechseln, die Bezeichnung der Mitverpflichteten und des Grundes ihrer Haftung. Auch ein eventuelles Rückgriffsrecht des Gemeinschuldners auf seine Mitschuldner darf bei Aufnahme der Forderungen nicht unbeachtet bleiben. Da es nicht immer möglich ist, allen diesen Anforderungen sofort zu genügen, wurde es für entbehrlich erachtet, dieselben zum Gegenstande besonderer Bestimmungen zu machen. (M. S. 345, 346.)

Das durch den § vorgeschriebene Inventar nebst Bilanz, das ohne Beiziehung einer obrigkeitlichen oder Urkundsperson vom Verwalter aufzustellen ist, unterscheidet sich von der in § 113 geregelten Aufzeichnung dadurch, dass auch die Schulden anzugeben sind. Während diese Aufzeichnung hauptsächlich eine Überwachung des Verwalters ermöglichen soll, handelt es sich hier darum, den Beteiligten einen Einblick in die Vermögenslage des Gemeinschuldners zu verschaffen. Dass bei Aufstellung des Inventars auf das Verzeichnis der zur Masse gehörigen Gegenstände verwiesen werden darf, ist selbstverständlich. Aus dem Zwecke der Darlegung der Vermögenslage ergiebt sich ferner, dass auch Aussonderungsansprüche bezüglich der in das Verzeichnis aufgenommenen Gegenstände und das Verhalten des Verwalters zu denselben, sowie die Verhältnisse, die bezüglich der Auseinandersetzung einer Gemeinschaft bestehen (§ 44), zu erwähnen sind.

2) Die Offenlegung des Inventars und der Bilanz, sowie der über die Siegelung und Entsiegelung aufgenommenen Protokolle ist vorgeschrieben worden, damit sich jeder Gläubiger über die Sachlage eingehend unterrichten kann. Die Erteilung von Abschriften wird nicht leicht versagt werden. Ein ausdrückliches Recht auf dieselbe wurde mit Rücksicht auf die wünschenswerte Verminderung des Schreibwerkes den Gerichten nicht eingeräumt. (M. a. a. O.) Da eine zeitliche Beschränkung in Ansehung der Offenlegung nicht vorgesehen wurde, hat sich dieselbe auf die ganze Dauer des Konkursverfahrens zu erstrecken.[1]) Bezüglich des Rechtes einzelner Gläubiger, auf Vollzug des § 114 zu klagen, vgl. Bem. 2 zu § 74 S. 326.

V. Offenbarungseid des Gemeinschuldners. (§ 115.)

1) Da der Gemeinschuldner zu einer vollständigen Angabe seines Vermögens verpflichtet ist und auf der gewissenhaften Einhaltung dieser Verpflichtung die Vollständigkeit und Richtigkeit des Inventars beruht, muss derselbe nach Aufstellung und auf Grund des Inventars den Offenbarungseid leisten. Die Konkursordnung entzieht diese Verpflichtung jedem Rechtsstreite und erklärt sowohl den Verwalter als jeden Konkursgläubiger für befugt, die Leistung des Eides zu verlangen. Dagegen macht dieselbe die Abnahme des Eides nicht zu einem Teile des Konkursverfahrens. Diese Abnahme soll vielmehr ebenso erfolgen, wie auf Grund sonstiger Verpflichtungen eines Schuldners zur Leistung des Eides. (C.-P.-O. § 711.) Eine Ausdehnung der Verpflichtung auf den Ehegatten, die Kinder, die Dienstboten und Gehilfen des Gemeinschuldners wurde nicht für gerecht-

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 278.

fertigt gehalten, weil bei der allgemeinen Vorschrift des § 67 und der Strafvorschrift des § 212 die Ausdehnung gewissenhaften Personen gegenüber als Belästigung erscheinen würde. (M. S. 346.)

2) Für die Abnahme des Eides ist nicht das Konkursgericht als solches zuständig, sondern in Gemässheit des § 780 C.-P.-O. das Amtsgericht als Vollstreckungsgericht. (M. S. 346.) Letzterer Umstand hat nur für diejenigen Amtsgerichte Bedeutung, bei welchen mehrere Richter angestellt sind und der mit den Konkurssachen befasste Richter nicht mit der Abnahme der Offenbarungseide beauftragt ist. Es besteht aber auch noch ein Unterschied zwischen der in § 780 der C.-P.-O. enthaltenen Vorschrift über die Zuständigkeit und derjenigen des § 115. Nach § 780 der C.-P.-O. ist nur das Amtsgericht des Wohnsitzes und Aufenthaltsortes zuständig. Nach der Konkursordnung kann dagegen das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Gemeinschuldner früher seinen Wohnsitz hatte, auch dann zuständig sein, wenn sich der Gemeinschuldner nicht in diesem Bezirke aufhält. (Vgl. §§ 64 und 208 der K.-O. und § 18 der C.-P.-O.) [1]) Die dadurch gegebene Erweiterung der Zuständigkeit des Amtsgerichtes ist nicht nur insofern von Bedeutung, als dieses Gericht auch ein ausländisches Gericht um Abnahme des Offenbarungseides ersuchen kann. [2]) Vielmehr darf dasselbe den Offenbarungseid auch selbst abnehmen, obgleich sich der Gemeinschuldner zur Zeit der Ladung in einem andern Gerichtsbezirke aufhält.

3) Das Verfahren beginnt auch hier nach § 781 Abs. 1 der C.-P.-O. mit der Ladung des Gemeinschuldners in eine Sitzung des Amtsgerichtes und nimmt nach den §§ 782, 783, 785—94 seinen Fortgang; die §§ 784 und 795 entziehen sich einer Anwendung (M. S. 346); im übrigen ist auf die Erläuterungen zu den §§ 780 ff. der C.-P.-O. im Kommentar von Petersen zu verweisen. Obgleich der Gemeinschuldner auf Antrag zur Leistung des Offenbarungseides immer vorzuladen und dessen Verpflichtung zur Eidesleistung durch das Gesetz festgestellt ist, können sich, wenn ein Konkursgläubiger die Leistung des Eides verlangt, doch Streitigkeiten über dessen Befugnisse bezw. über dessen Eigenschaft als Konkursgläubiger ergeben, welche das Vollstreckungsgericht zu entscheiden hat. Vorausgesetzt wird zur Berechtigung des Konkursgläubigers, dass derselbe seine Forderung bereits angemeldet hat, denn wer seine Forderung nicht anmeldet, kann im Verfahren auch diejenigen Rechte nicht ausüben, welche das Gesetz den Konkursgläubigern als solchen einräumt. [3]) Dagegen ist es nicht erforderlich, dass die angemeldete Forderung im Prüfungstermin anerkannt oder durch ein rechtskräftiges, in einem Feststellungsprozess ergangenes, Urteil festgestellt worden ist. Wenn der Gemeinschuldner die Befugnis des Gläubigers, von ihm den Offenbarungseid zu verlangen, nicht bestreitet, so braucht derselbe seine Forderung überhaupt nicht nachzuweisen. Von Amts wegen ist diese Befugnis nicht zu prüfen. Bestreitet der Gemeinschuldner dieselbe, so ist damit allerdings die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides in Abrede gestellt. Ob diese Verpflichtung zu Recht besteht, hat aber das Vollstreckungsgericht festzustellen, das nach § 781 der C.-P.-O. über den Widerspruch durch Urteil zu entscheiden hat. Die Zuständigkeit dieses Gerichtes erstreckt sich nicht bloss auf die Frage, ob eine Konkursforderung vorliegt, sondern auch darauf, ob die angemeldete Forderung zu Recht besteht. [4]) Ist die Forderung im Prüfungsverfahren anerkannt, so wird dies regelmässig genügen. Auch wird, sofern Zweifel bestehen, das Vollstreckungsgericht in der Regel die Sache vertagen, bis über die Feststellung der Forderung entschieden ist. Eine Entscheidung dieses Gerichtes kann übrigens auch auf Grund anderer

[1]) Vgl. Francke, Offenbarungseid S. 18.

[2]) Vgl. Francke a. a. O. S. 19.

[3]) Vgl. Fitting S. 300 § 37 Nr. IV.; v. Völderndorff Bd. II. S. 281, der wohl derselben Ansicht ist. A. M. v. Wilmowski S. 330.

[4]) Vgl. Fitting a. a. O. Anm. 15 und 16; Stieglitz S. 492; Willenbücher S. 165 Nr. 4; v. Völderndorff und v. Wilmowski a. a. O. A. M. sind: Endemann, Konkursverf. S. 457; v. Sarwey S. 633 Nr. 3 und Francke, Offenbarungseid S. 17, 18.

Einwendungen des Gemeinschuldners z. B. deshalb erforderlich werden, weil derselbe geltend macht, ein Konkursverfahren bestehe nicht oder nicht mehr zu Recht, der Antragsteller sei nicht Konkursverwalter, er habe den Offenbarungseid bereits auf Antrag einer andern Person geleistet u. s. w. In allen diesen Fällen bestreitet derselbe seine Verpflichtung zur Eidesleistung, es kommt also § 781 der C.-P.-O. zur Anwendung.[1]) Auch absonderungsberechtigte Konkursgläubiger sind befugt, den Offenbarungseid zu verlangen, da ihnen eine nur der Höhe nach bedingte Forderung zusteht. (Bem. 3 zu § 57 S. 289.) Dagegen kommt Aussonderungsberechtigten diese Befugnis nicht zu. Hat der Gemeinschuldner den Offenbarungseid geleistet oder wegen Verweigerung desselben in dem nämlichen Verfahren schon sechs Monate Haft erduldet, so kann er zur Wiederholung des Eides nicht angehalten werden, da die Voraussetzungen der §§ 784 und 795 der C.-P.-O. im Konkursverfahren nicht vorliegen können. (Vgl. M. a. a. O.)[2]) Die Entziehung des dem Gemeinschuldner bewilligten Unterhaltes, welche im ersten Entwurfe (§ 125) als Folge der Eidesverweigerung vorgesehen war, verfügt die Konkursordnung nicht. Doch kann die Verweigerung des Eides auf die Entscheidung der Gläubigerversammlung (§ 120) von Einfluss sein. Eine weitere Wirkung der Eidesverweigerung besteht darin, dass ein Zwangsvergleich unzulässig ist. (§ 162 Z. 1.) Die Eidesleistung kann nach § 782 der C.-P.-O. durch Haft erzwungen werden. § 93 der Konkursordnung findet hier keine Anwendung. Vielmehr sind lediglich die Vorschriften der C.-P.-O. massgebend.[3])

§ 116.

Die Zwangsverwaltung und die Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände kann bei der zuständigen Behörde durch den Konkursverwalter betrieben werden.

§ 117.

Der Verwalter ist berechtigt, die Verwertung eines zur Masse gehörigen beweglichen Gegenstandes, an welchem ein Gläubiger ein Faustpfandrecht oder ein diesem gleichstehendes Recht beansprucht, nach Massgabe der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu betreiben. Der Gläubiger kann einer solchen Verwertung nicht widersprechen, vielmehr seine Rechte nur auf den Erlös geltend machen.

Ist der Gläubiger befugt, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, so kann auf Antrag des Verwalters das Konkursgericht dem Gläubiger nach dessen Anhörung eine Frist bestimmen, innerhalb welcher er den Gegenstand zu ver-

[1]) Teilweise a. M. Francke a. a. O. S. 102.

[2]) Vgl. Fitting S. 301 § 37 Anm. 16; Francke a. a. O. S. 33; Meisner S. 289; Meves S. 132; v. Sarwey S. 634 Nr. 5; Stieglitz S. 493 Nr. I.; v. Völderndorff Bd. II. S. 281; Wengler S. 513 Nr. 1; Willenbücher S. 165 Nr. 1 und 3; v. Wilmowski S. 331.

[3]) Vgl. Fitting a. a. O.; Meves S. 132; Sarwey S. 635; Stieglitz S. 494; v. Völderndorff Bd. II. S. 284; Willenbücher S. 165 Nr. 5; v. Wilmowski S. 331.

werten hat. Nach dem Ablaufe der Frist findet die Vorschrift des ersten Absatzes Anwendung.

(E. §§ 116, 117; M. S. 346—349; K. S. 84—87; pr. K.-O. §§ 263—271.)

1) Soweit Absonderungsrechte nicht bestehen, wird der Verwalter die zur Masse gehörigen Gegenstände regelmässig in den gewöhnlichen Formen, sei es im Wege der Versteigerung, sei es aus freier Hand, veräussern. Ein Bedürfnis nach einer Zwangsversteigerung kann hier kaum hervortreten. Vielmehr wird der Verwalter auf Grund der ihm zustehenden Befugnisse (§ 5) die notwendigen Veräusserungen in derselben Weise vornehmen, wie es der Gemeinschuldner selbst hätte thun können, wenn er nicht in Konkurs geraten wäre. Der Verwalter bedarf jedoch zur Veräusserung aus freier Hand für gewisse Fälle der Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung (§ 122). Sofern Absonderungsrechte bestehen, machte sich dagegen ein Bedürfnis nach einer Veräusserung in den Formen der Zwangsvollstreckung geltend. Auch das Bestehen eines Absonderungsrechtes entzieht zwar dem Verwalter an sich nicht die Möglichkeit, die Gegenstände, auf welche sich dieses Recht erstreckt, mit der auf ihnen ruhenden Belastung zu veräussern, sei es, dass diese aufrechterhalten, sei es, dass der Absonderungsberechtigte vom Verwalter befriedigt wird. (Bem. II. 3 zu § 3 S. 26.) Aber dieser Weg erweist sich häufig als ungeeignet, da es nicht immer gelingt, unter derartigen Umständen einen Käufer zu finden, und ebensowenig der Verwalter stets in der Lage ist, oder ein Interesse daran hat, die Absonderungsberechtigten auszuzahlen. Es musste sich hienach das Bedürfnis nach einer Veräusserungsart geltend machen, welche die auf den zu veräussernden Gegenständen haftenden Rechte beseitigt und die Befriedigung der Realgläubiger durch Verteilung des Erlöses ermöglicht. Diesem Bedürfnisse wird durch die §§ 116 und 117 genügt. Sowie den Absonderungsberechtigten die Befugnis zusteht, die Zwangsveräusserung zu betreiben (Bem. II. 1 u. 3 zu § 3), so kommt auch dem Konkursverwalter dieses Recht zu. Dadurch ist er in die Lage gesetzt, die Interessen der Konkursgläubiger gegenüber denjenigen der Absonderungsberechtigten zu wahren. Zweifelhaft ist die Frage, ob der Verwalter die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung nach § 116 ebenso wie nach § 117 nur dann betreiben kann, wenn und soweit in Ansehung der zur Masse gehörigen Liegenschaften Absonderungsrechte bestehen, oder ob er hiezu auch dann berechtigt ist, wenn solche Rechte nicht geltend gemacht werden können. Für die erste Auffassung spricht der Zweck der Vorschrift bezw. der Umstand, dass ein Bedürfnis nach einer Einhaltung der Formen der Zwangsvollstreckung nicht besteht, soweit die Liegenschaften nicht belastet sind, der Erlös sonach unbeschränkt in die Masse fliesst und lediglich den Konkursgläubigern zugut kommt. Für die entgegengesetzte Ansicht ist dagegen geltend zu machen, dass § 116 (im Gegensatze zu § 117) keinerlei Beschränkung enthält und auch in den Motiven (vgl. Bem. 2 S. 408) nicht durch das Vorhandensein von Absonderungsrechten, sondern aus der Natur des Konkursverfahrens als eines Zwangsverfahrens gerechtfertigt wurde. Die letztern Gründe sind als überwiegend anzusehen, zumal für solche Rechtsgebiete, in welchen das Vorhandensein von Absonderungsrechten, insbesondere von gesetzlichen Hypotheken, von der Einschreibung unabhängig ist, das Recht, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, immerhin Wert hat. Übrigens wird es nur selten vorkommen, dass die Grundstücke des Gemeinschuldners nicht mit Hypotheken belastet sind.[1]) Als Titel des Ver-

[1]) Vgl. Fitting S. 208 § 23 Text und Anm. 14; Hellmann, bayer. Subh.-Ordn. S. 199 Nr. 1; Krech und Fischer, preuss. Subh.-Ordn. S. 666 Nr. 4; König S. 65; Meisner S. 291; v. Sarwey S. 637 Nr. 1 Bem. 4; v. Völderndorff Bd. II. S. 286 Anm. 7; Willenbücher S. 166 Nr. 1 a. E.; v. Wilmowski S. 332. A. M. Hullmann S. 259; Ortenau, bayer. Subh.-Ordn. (II. Aufl.) S. 482; Stieglitz S. 497 und Wengler S. 514 Nr. 1, welche teilweise annehmen, dass nach der Konkursordnung das Bestehen von Absonderungsrechten vorausgesetzt wird, die Landesgesetze aber dem Verwalter die Befugnis zur Zwangsvollstreckung auch für andere Fälle einräumen könnten.

walters ist der Eröffnungsbeschluss anzusehen, der einen Vollstreckungstitel im Sinne des § 102 der C.-P.-O. bildet. (Vgl. Vorbem. 4 zu §§ 107 ff.) Macht der Verwalter den Absonderungsberechtigten gegenüber von den ihm durch die §§ übertragenen Befugnissen Gebrauch, so tritt er denselben als Vertreter des Gemeinschuldners entgegen und betreibt als solcher das Verfahren. Der Verwalter braucht übrigens nicht abzuwarten, dass Absonderungsrechte geltend gemacht werden, sondern kann ohne weiteres mit der Zwangsvollstreckung vorgehen, um die etwaige abgesonderte Befriedigung vorzubereiten und zu beschleunigen.[1]) In allen Fällen handelt es sich nur um eine Befugnis des Verwalters, welche derselbe im Interesse der Konkursgläubiger auszuüben hat, nicht um eine Verpflichtung desselben gegenüber den Absonderungsberechtigten. Wenn nach den vorhandenen Belastungen mit Sicherheit zu erwarten ist, dass aus einem Verkaufe ein Überschuss für die Konkursmasse sich nicht ergeben wird, so ist die Vornahme desselben für den Verwalter sowenig geboten, wie die Einklagung uneinbringlicher Forderungen. (M. S. 349.) In der Reichstagskommission wurde zwar ein Antrag gestellt, nach welchem der Verwalter verpflichtet sein sollte, auf Antrag eines Absonderungsberechtigten die Zwangsveräusserung zu betreiben, insofern dieser berechtigt sei, seine Forderung (nach § 88) als Konkursgläubiger geltend zu machen; derselbe wurde aber wieder zurückgezogen. (K. S. 84—86.) Die zwangsweise Veräusserung der zur Konkursmasse gehörigen Sachen ist auch dann, wenn sie in den Formen des Vollstreckungsverfahrens erfolgt, nicht als wirkliche Zwangsvollstreckung anzusehen, durch welche die Befriedigung eines bestimmten Anspruches erzwungen werden soll.[2]) Vielmehr handelt es sich auch hier um einen Verkauf, den der Verwalter in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners vornimmt. Daraus erklärt es sich, dass es in den Fällen, in welchen der Verwalter den Weg der Zwangsvollstreckung wählt, an einer Person fehlt, gegen welche dieselbe betrieben wird.[3]) Dass der Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners die Veräusserung betreibt, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Landesgesetz sagt, der Gemeinschuldner sei nicht Beteiligter und der Verwalter habe die Stellung eines Beschlagnahmegläubigers. (Vgl. bayer. Subh.-Ordn. Art. 171.) Damit ist nur entschieden, dass nicht der Gemeinschuldner selbst, sondern der Verwalter als betreibender Teil anzusehen ist und das Verfahren auch nicht gegen den erstern betrieben wird. Die rechtliche Stellung des Verwalters bezw. dessen Verhältnis zum Gemeinschuldner wird dadurch nicht berührt. Wenn der Verwalter in Gemässheit der §§ 116, 117 in Ausübung seines Betreibungsrechtes Anträge in Ansehung der Art und Weise der Zwangsvollstreckung stellt und dadurch den Absonderungsberechtigten entgegentritt, so macht er nicht ein die Veräusserung hinderndes Recht geltend. Es kann daher nicht § 690 der C.-P.-O. Anwendung finden. Der Verwalter macht nicht geltend, dass eine Veräusserung ausgeschlossen, sondern dass er zu deren Vornahme befugt sei.[4]) Selbstverständlich fallen bei den auf Betreiben des Konkursverwalters einzuleitenden Zwangsverkäufen von beweglichen oder unbeweglichen Sachen die bei der Zwangsvollstreckung dem Schuldner vor dem wirklichen Angriffe des Pfandes etwa zu gestattenden und von den absonderungsberechtigten Gläubigern auch im Konkurse zu beachtenden Fristen hinweg. (M. S. 349.)

2) Bezüglich der Vorschrift des § 116 wurde in den Motiven (S. 347) bemerkt: „Der § 116 verleiht dem Konkursverwalter das Recht, die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung der zur Masse gehörigen unbeweglichen oder als solche geltenden Gegenstände bei der zuständigen Behörde zu betreiben.“ Damit kann nur die Zwangsvollstreckung in

1) Vgl. v. Sarwey S. 637 Nr. 1 Bem. 4; Stieglitz S. 497; v. Völderndorff Bd. II. S. 287; v. Wilmowski S. 332.

2) Vgl. Krech und Fischer, preuss. Subh.-Ordn. S. 666 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 295 Text und Anm. 12, ferner Willenbücher S. 167 Nr. 3, welche annehmen, das Verfahren sei gegen die Absonderungsberechtigten gerichtet.

3) Vgl. Fitting S. 65, 66 § 7 Anm. 25; Willenbücher S. 166 Nr. 2; v. Wilmowski S. 332.

4) Vgl. R.-G. (I.) 7. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 136.

das unbewegliche Vermögen, nicht eine anderweitige gerichtliche Versteigerung gemeint sein, zumal das Wort „Zwangsverwaltung" sonst, da die Massebestandteile ohnedies einer zwangsweisen Verwaltung unterworfen sind, gegenstandslos wäre.[1]) Wie auch in den Motiven (a.a. O.) anerkannt wurde, ist dem Gemeinschuldner gegenüber diese Bestimmung selbstverständlich, da für ihn der Konkurs immer, wenn auch nicht der Form so doch dem Wesen nach die Eigenschaft eines Zwangsverfahrens behält. Aber auch im Verhältnisse zu den Hypothekgläubigern wird die Vorschrift kein Bedenken erregen. Sowohl nach der neuern gemeinrechtlichen Praxis als nach den meisten neuern Pfandgesetzen kann nicht nur der jüngere Hypothekgläubiger, sondern auch der persönliche Gläubiger auf Grund eines Vollstreckungstitels die Zwangsvollstreckung in das Grundstück seines Schuldners betreiben. Wenn die Konkurseröffnung dieses Recht dem Einzelnen im Interesse Aller entzieht (§ 11), so muss dafür, soll der Zweck dieser Rechtsbeschränkung erreicht werden, der Gesamtheit ein Ersatz gewährt werden, und dieser liegt in der Übertragung dieser Befugnis auf den Konkursverwalter. Den Hypothekgläubigern wäre ein Grund zur Beschwerde nur dann gegeben, wenn ihnen zugleich ein Opfer an ihren materiellen Rechten zugemutet würde. Dessen enthält sich aber die Konkursordnung in dem bereits früher (zu § 39) entwickelten Bestreben, das Immobiliarrecht der verschiedenen Einzelstaaten unangetastet zu lassen. Aus dem Rechte des Verwalters, die Zwangsvollstreckung in die vorhandenen Immobilien u. s. w. zu betreiben, folgt von selbst seine Befugnis, ein bereits anhängiges Verfahren aufzunehmen oder demselben beizutreten, um sich einen bestimmenden Einfluss auf die Durchführung desselben zu sichern. (Vgl. M. zu § 11.) Mag der Verwalter oder ein absonderungsberechtigter Gläubiger das Verfahren veranlasst haben, dieses bleibt immer selbständig und wird nicht ein Teil des Konkursverfahrens. Seine Leitung gebührt also der nach den allgemeinen Vorschriften zuständigen Behörde (vgl. C.-P.-O. §§ 755—757); der Konkursverwalter hat nur die Rechte eines Parteivertreters, und die Wirkungen der Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung sind gegenüber den Realgläubigern dieselben, wie wenn ein Konkurs nicht schwebte. (M. a. a. O.) Dass der Konkurs ein Zwangsvollstreckungsverfahren, welches von einem Absonderungsberechtigten betrieben wird, nicht unterbricht, wurde bereits früher (Bem. 2 zu § 11 S. 52) erwähnt.[2]) Solange ein Beschlagnahmebeschluss nicht vorliegt, ist auch ein Vollstreckungsverfahren noch nicht eingeleitet. Die alsdann eintretende Anwendung des § 11 bildet sonach keine Ausnahme von der Regel. Will der Verwalter dem Gläubiger das Vollstreckungsverfahren aus der Hand nehmen, so muss er hienach demselben von seiner Absicht Mitteilung machen und nun seinerseits bei dem zuständigen Vollstreckungsgerichte die nötigen Anträge stellen, um das Verfahren einzuleiten und weiter durchzuführen. In welcher Weise dies zu geschehen hat, ist nach der Landesgesetzgebung zu beurteilen. In Ermangelung entgegenstehender Vorschriften bleibt das vom Absonderungsgläubiger durchgeführte Verfahren in Kraft und ist der Verwalter berechtigt, dasselbe fortzusetzen. Auch steht demselben das Recht zu, dem Absonderungsberechtigten die weitere Betreibung des Verfahrens zu überlassen und sich nur demselben anzuschliessen.[3]) Wurde das Vollstreckungsverfahren nicht von einem Absonderungsberechtigten, sondern von einem gewöhnlichen Konkursgläubiger betrieben, so wird dasselbe durch die Konkurseröffnung gehemmt, da nach § 11 Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder eingeleitet noch fortgesetzt werden dürfen. (Bem. 1 zu § 11.) Wenn der Verwalter in diesem Falle von der Befugnis, die Zwangsversteigerung zu betreiben, Gebrauch machen

[1]) Vgl. Rheinpr. Amtsrichterzeit. Bd.II. S.184 ff.; O.-L.-G. Kolmar 17. Nov. 1883, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 39 ff.

[2]) Vgl. noch: Hellmann, bayer. Subh.-Ordn. S. 197; Meisner S. 290; Ortenau, bayer. Subh.-Ordn. (II. Aufl.) S. 479, 480; v. Sarwey S. 638 Nr. 4 Bem. 6; Stieglitz S. 496; Wengler S. 515 Nr. 3; v. Wilmowski S. 333.

[3]) Vgl. v. Sarwey a. a. O.; Stieglitz S. 498 Nr. 2.

will, so ist er ebenfalls berechtigt, das begonnene Verfahren einfach fortzusetzen, eine Wiederholung der bereits vorgenommenen, zum Verfahren gehörigen Handlungen sonach nicht erforderlich.[1])

3) Durch § 117 wird an sich dem Absonderungsberechtigten nicht die Befugnis entzogen, die von ihm eingeleitete Zwangsvollstreckung durch Versteigerung weiter zu betreiben. Sofern er damit dem Verwalter zuvorkommt, ist vielmehr die Versteigerung gültig. Dem Verwalter wird aber das Recht eingeräumt, seinerseits die Zwangsversteigerung zu betreiben, sofern der Gläubiger die Sache noch nicht verwertet hat. Demgemäss versagt § 117 den mit einem Faustpfandrechte an einer beweglichen Sache versehenen und den ihnen gleichgestellten Gläubigern (§ 41 K.-O.) das Widerspruchsrecht gegen den von dem Konkursverwalter beantragten Zwangsverkauf und verweist sie mit ihren Ansprüchen auf den Erlös. Der Vermieter gehört zu den Gläubigern, welche das Gesetz den Faustpfandgläubigern gleichstellt, auch dann, wenn er den Mietvertrag mit dem Konkursverwalter fortgesetzt hat und hinsichtlich der nach der Konkurseröffnung liegenden Zeit eine Forderung und ein Recht auf abgesonderte Befriedigung geltend macht (vgl. Bem. II. 2 zu § 41 S. 215 Anm. 4).[2]) Die Civilprozessordnung (§ 710) gewährt allerdings denjenigen Gläubigern, welche auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechtes sich im Besitze einer Sache befinden, ein Widerspruchsrecht gegen die Pfändung derselben für andere Gläubiger ihres Schuldners. Für den Konkurs besteht aber ein solches Widerspruchsrecht nicht. Die vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse wurde für hinreichend erachtet. (M. S. 348.) Soweit dritten Personen ein Widerspruchsrecht auf Grund eines andern Rechtes als der Befugnis zur abgesonderten Befriedigung zustehen sollte, wird dasselbe durch § 117 nicht berührt.[3]) § 690 der C.-P.-O. kann nicht Anwendung finden, weil es sich der Sache nach hier nicht um eine Zwangsvollstreckung handelt. (Vorbem. 2 zu § 107 ff. und Vorbem. 1 zu § 35 ff. S. 170.) Das Aussonderungsrecht giebt jedenfalls die Befugnis, der Veräusserung zu widersprechen, gleichviel in welcher Form dieselbe erfolgt. (Vorbem. 2 zu § 107 ff.) Wenn der Absonderungsberechtigte dem Verkaufe aus freier Hand durch den Verwalter ohne Vorbehalt zustimmt, so ist darin nicht ohne weiteres ein Verzicht auf das Absonderungsrecht zu finden. Ein solcher Verzicht kann aber unter Umständen, besonders dann angenommen werden, wenn der Verwalter das Absonderungsrecht bestritten und der Gläubiger trotzdem ohne Vorbehalt in den freihändigen Verkauf eingewilligt hat.[4])

Eine Ausnahme von der Vorschrift in Abs. 1 wurde nur für notwendig gehalten zugunsten derjenigen Gläubiger, welche das Recht haben, sich ohne gerichtliches Verfahren aus dem Pfande zu befriedigen. Für diese ist nicht bloss der Zeitpunkt, sondern auch die Art des Verkaufes von Bedeutung, und die freie Bestimmung über die letztere ist häufig so wesentlich, dass die Entziehung derselben zu einer Beschädigung des Pfandgläubigers führen könnte. Abs. 2 lässt daher dieses Recht im Konkurse bestehen, gleichviel ob dasselbe auf Gesetz, Vorzugsrecht oder rechtsgültiger Verabredung beruht. (M. S. 348.) Ob eine solche Befugnis besteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Es wird sich sonach in den einzelnen Ländern ein verschiedenartiger Rechtszustand herausstellen. Als gerichtliches Verfahren gilt übrigens jede das Verfügungsrecht des Pfandgläubigers beschränkende Verfügung eines Gerichtes, so dass die zahlreichen Fälle, in denen das Handelsgesetzbuch dem Pfandgläubiger den Verkauf der Sache zwar ohne vorgängige Klage, aber doch nur auf Grund einer von ihm nachzusuchenden gerichtlichen Anordnung gestattet (vgl. H.-G.-B. Art. 310, 374, 375, 382, 387, 409, 624, 626, 629, 675, 727), nicht unter die Ausnahmen gehören. (M. S. 349.) In der Reichstagskommission stellte Gold-

1) Vgl. v. Sarwey a. a. O.; Stieglitz S. 498 Nr. 3; v. Wilmowski S. 333 a. E.

2) Vgl. R.-G. (II.) 19. Mai 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 1 ff. bes. S. 3.

3) Vgl. Willenbücher S. 167 Nr. 4; v. Wilmowski S. 336, 337.

4) Vgl. R.-G. (V.) 13. Nov. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 163 und jur. Wochenschr. 1886 S. 445 a. E.

schmidt die Frage, ob Abs. 1 oder Abs. 2 des § 117 Anwendung finde, wenn das Gericht dem Pfandgläubiger auf Grund des Art. 310 den freihändigen Verkauf gestatte und zur Zeit der Konkurseröffnung dem Gläubiger diese Ermächtigung bereits erteilt sei, aber der Verkauf noch ausstehe. Darauf erklärte Hauser unter Zustimmung von Hagens und Hullmann: „Sofern der Gläubiger das Gericht nicht mehr anzugehen brauche, also in dem vom Vorredner angegebenen Falle, finde Abs. 2 des § 117 Anwendung; es komme auf das konkrete Recht des Gläubigers im Augenblicke der Konkurseröffnung an.“ Auch stellte der Vorsitzende ohne Widerspruch fest, dass diese Auslegung der Meinung der Kommission entspreche. (K. S. 87.) Diese Auffassung erscheint als zutreffend. Dass der Gläubiger bei der Verwertung des Pfandes nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches immer als Verkäufer anzusehen ist, kommt nicht in Betracht. Auch bei dem gerichtlichen Verkaufe ist der Gläubiger, nicht das Gericht bezw. der Gerichtsvollzieher, der namens des Gläubigers handelt, Verkäufer.[1])

Wurde dem Pfandgläubiger, der sich in der im Abs. 2 vorgesehenen Ausnahmestellung befindet, das Recht des aussergerichtlichen Verkaufes belassen, so sollte andererseits der Verwalter solchen Gläubigern gegenüber „nicht auf die volle Einlösung oder auf den Privatverkauf der Sache mit dem auf ihr haftenden Pfandrechte beschränkt bleiben“. Vielmehr erlangt derselbe bezüglich der in Frage stehenden Gegenstände das Recht des Zwangsverkaufes, wenn der Gläubiger innerhalb einer ihm vom Konkursgerichte gesetzten Frist von seinem Verkaufsrechte keinen Gebrauch macht. Dieser Ausweg tritt den Rechten des Pfandgläubigers umsoweniger zu nahe, als auch im Wege der Zwangsvollstreckung nach den §§ 721, 722 der C.-P.-O. der Gerichtsvollzieher das Pfandstück aus freier Hand verkaufen und nach § 726 das Vollstreckungsgericht jeden anderweitigen der Sachlage entsprechenden Verkauf anordnen kann. Betritt demgemäss oder zufolge der Regel des § 117 Abs. 1 der Konkursverwalter den Weg des Zwangsverkaufes der Pfandsache, so finden nicht bloss auf die Bewirkung desselben, sondern auch auf die Befriedigung des Pfandgläubigers die Vorschriften der C.-P.-O. Anwendung. Diese erfolgt nicht etwa nach Massgabe der §§ 58, 60, 62, 63 der Konkursordnung; vielmehr muss, wenn die Befriedigung nicht sofort und bei mehreren Pfandgläubigern nicht vollständig geschehen kann, der Erlös nach Massgabe der §§ 728 Abs. 3, 751 Abs. 3, 758 ff. der C.-P.-O. hinterlegt und verteilt werden. (M. S. 349.) Die Vorschriften der C.-P.-O. erfahren übrigens mannigfache Abweichungen, welche sich aus der Natur des Konkurses und den besondern Vorschriften der Konkursordnung ergeben. So ist, wenn es sich um die Verwertung von Forderungen handelt, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 87) hervorgehoben wurde, eine besondere Überweisung an den Verwalter nicht erforderlich, weil die Forderung ohnedies zur Konkursmasse gehört. Es genügt vielmehr die Pfändung, welche allerdings, wenn Absonderungsberechtigte vorhanden sind, erforderlich ist, weil der offene Arrest den Schuldner nicht verhindert, an diese zu zahlen.[2]) So hat ferner die Besitzergreifung, welche der Gerichtsvollzieher bezüglich einer körperlichen Sache vornimmt, hier nicht die in der C.-P.-O. vorgesehenen Wirkungen der Pfändung (Pfändungspfandrecht), da die Sache, soweit die Ansprüche des Absonderungsberechtigten nicht im Wege stehen, ohnedies den Konkursgläubigern haftet.

§ 118.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichtes oder, wenn

[1]) Vgl. Fitting S. 185 § 20 Anm. 8; v. Sarwey S. 642 Nr. 5; Stieglitz S. 501 Anm. 1; Wengler, S. 519; Willenbücher S. 168; v. Wilmowski S. 337 Nr. 5. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 298, 299.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 500 Nr. II; Willenbücher S. 167 Nr. 3. A. M. v. Sarwey S. 641 Nr. 3 und v. Wilmowski S. 336 Nr. 3, welche bei Forderungen auch die Pfändung für überflüssig halten und v. Völderndorff Bd. II. S. 295 Anm. 13, der auch die Überweisung für nötig zu halten scheint.

von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben notdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren.

Bis zur Beschlussfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schliessen oder fortzuführen und die Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichtes zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt, so beschliesst dieser über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäftes und über die Hinterlegung der Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten.

§ 119.

In der ersten Gläubigerversammlung hat der Verwalter über die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Massregeln zu berichten.

§ 120.

Die Gläubigerversammlung beschliesst über eine dem Gemeinschuldner und dessen Familie zu bewilligende Unterstützung, über die Schliessung oder die Fortführung des Geschäftes und über die Stelle, bei welcher, sowie über die Bedingungen, unter welchen die Gelder, Wertpapiere und Kostbarkeiten hinterlegt oder angelegt werden sollen.

Die Gläubigerversammlung beschliesst, in welcher Weise und in welchen Zeiträumen der Verwalter ihr oder einem Gläubigerausschusse über die Verwaltung und Verwertung der Masse Bericht erstatten und Rechnung legen soll.

(E. §§ 118—120; M. S. 350—353; K. S. 87, 89, 90; pr. K.-O. §§ 132, 136a, 144, 161—163, 221, 224, 225, 244, 336.)

I. Unterstützung des Gemeinschuldners. (§ 118 Abs. 1 und § 120.)

1) Über die Grenzen des § 1 Abs. 2 hinaus steht dem Gemeinschuldner ein rechtlicher Anspruch auf Gewährung von Unterhalt aus der Konkursmasse nicht zu. Aus Billigkeitsgründen wurde jedoch die Möglichkeit einer Unterstützung desselben vorgesehen. Eine solche kann nicht bloss dem Gemeinschuldner selbst, sondern auch dessen Familie bewilligt werden. Zu dieser gehören vor allem Frau und Kinder; es werden aber andere Verwandte, welche mit dem Gemeinschuldner zusammenleben, z. B. eine Mutter oder Schwester, welche demselben die Haushaltung führt, zu derselben zu rechnen sein, gleichviel ob derselbe ver-

pflichtet ist, deren Unterhalt zu bestreiten oder nicht.[1]) Die endgültige Entscheidung der Frage, ob eine solche Unterstützung, welche nach § 51 Z. 3 zu den Massekosten gehört, zu bewilligen ist, steht nach § 120 der Gläubigerversammlung zu. Bis zu deren Zusammentritt kann aber nach § 118 Abs. 1 auch der Verwalter mit Genehmigung des Gerichtes bezw. des Gläubigerausschusses den notdürftigen Unterhalt gewähren. (Bem. II. 3 zu § 51 S. 260.) Die Zulässigkeit der Bewilligung an andere Voraussetzungen als den vorhandenen Notstand zu knüpfen, wurde nicht für angemessen erachtet. Verwalter und Ausschuss oder Gericht sollen selbst erwägen, welches Gewicht sie auf die moralische Würdigkeit des Gemeinschuldners legen wollen. Sie können übrigens auch, wenn der Gemeinschuldner stirbt, der Familie desselben eine Unterstützung gewähren. Dass zum notdürftigen Unterhalte auch eine Wohnung gewährt werden kann, wurde als selbstverständlich angesehen, weil es eine unnütze Härte wäre, diese dem Gemeinschuldner zu entziehen, solange sich nicht Gelegenheit zu einer andern, für die Gläubiger nützlichen Verwertung derselben findet. Ihre ausdrückliche Erwähnung ist nur deshalb unterblieben, um nicht der aus der Fassung der preussischen Konkursordnung (§ 162) gezogenen Folgerung einen neuen Anhalt zu gewähren, dass die Einräumung der Wohnung auf Kosten und gegen den Willen der Pfandgläubiger erfolgen könne. (M. S. 350.) Wenn der Verwalter oder der Gläubigerausschuss die vorläufige Unterstützung versagt, so muss der Gemeinschuldner die Entscheidung der Gläubigerversammlung abwarten. Das Gericht kann demselben nur insoweit behilflich sein, als es diese sofort einberuft. Hat dagegen der Verwalter eine Unterstützung bewilligt, so steht, wenn das Gericht die Genehmigung versagt, dem Gemeinschuldner wie dem Verwalter die sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss zu. Es liegt hier eine förmliche Entscheidung im Sinne des § 66 vor, bezüglich deren der Gemeinschuldner und der Verwalter als Beteiligte anzusehen sind.[2])

2) Die Gläubigerversammlung hat über die zu bewilligende Unterstützung ganz frei zu entscheiden; sie kann, wenn der Verwalter eine Unterstützung bewilligt hat, dieselbe entziehen oder vermindern, aber auch erhöhen und ebenso eine Unterstützung bewilligen, wenn der Verwalter eine solche verweigert hatte. An die Beschränkung des § 118 auf den „notdürftigen" Unterhalt ist die Gläubigerversammlung nicht gebunden. Hat die Versammlung nach der Ansicht des Verwalters oder eines überstimmten Gläubigers eine zu hohe Unterstützung bewilligt, so kann das Gericht nach § 91 auf Antrag diesen Beschluss aufheben. Wurde dagegen die Unterstützung verweigert oder nach der Ansicht des Verwalters oder einzelner Gläubiger in zu geringem Masse bewilligt, so kann hieran durch die Berufung an das Gericht nichts geändert werden. Nach § 91 kann das Gericht zwar die Ausführung eines von der Gläubigerversammlung gefassten Beschlusses untersagen, jedoch keine andere Anordnung an dessen Stelle setzen. (Bem. 1 zu § 75.) Die Untersagung der Ausführung eines verneinenden Beschlusses ist aber gegenstandslos.

3) Die Beschlussfassung der Gläubigerversammlung wird regelmässig in der ersten Versammlung erfolgen, welche die §§ 118 und 120 („wenn vom Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt ist") zunächst im Auge haben. Es ist aber auch zulässig, dass in einer spätern Versammlung über die Unterstützung verhandelt und Beschluss gefasst wird.[3]) Dazu kann Veranlassung gegeben sein, weil in der ersten Versammlung unterlassen wurde, über die Frage zu entscheiden, oder weil sich die Umstände verändert haben, z. B. der Gemeinschuldner anfangs für seine Thätigkeit bei Fortführung des Geschäftes oder für

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 303; v. Wilmowski S. 339 Nr. 2. A. M. Fitting S. 214 § 23 Anm. 42; v. Sarwey S. 644 Nr. 4; Stieglitz S. 504 Nr. 3; Willenbücher S. 169 Nr. 3.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 113; Stieglitz S. 503; v. Völderndorff Bd. II. S. 301; Willenbücher S. 168 Nr. 2; v. Wilmowski S. 339 Nr. 1 a. E. A. M. Fitting S. 215 § 23 Anm. 45.

[3]) Vgl. Fitting S. 216 § 23 Nr. VI.; v. Sarwey S. 644 Nr. 2; Stieglitz S. 502; v. Völderndorff Bd. II. S. 300, 301; Willenbücher S. 168 Nr. 2; v. Wilmowski S. 338.

Leistungen an Dritte eine Vergütung erhielt, welche später wegfiel. Ob in derartigen Fällen auch der Verwalter ohne besondere Ermächtigung der Gläubigerversammlung eine vorläufige Unterstützung bewilligen kann, ist zweifelhaft. Der Wortlaut des § 118 scheint eine solche Befugnis auszuschliessen. Die Bejahung der Frage entspricht aber der Absicht des Gesetzes, welches den Verwalter zur vorläufigen Unterstützung im Bedürfnisfalle insoweit ermächtigt, als die Gläubiger noch nicht in der Lage sind, einen endgültigen Beschluss in einer hierzu erforderlichen Versammlung zu fassen.[1]) Von der Unterstützung ist die Vergütung, welche dem Gemeinschuldner oder dessen Angehörigen für geleistete oder zu leistende Arbeiten bewilligt wird, wohl zu unterscheiden. Die Höhe dieser Vergütung hat lediglich der Verwalter zu bestimmen bezw. mit dem andern Teil zu vereinbaren. (§ 5.) Die Vorschrift des § 121 Z. 1 trifft in einem solchen Falle nicht zu.

4) Die Entziehung der Unterstützung steht demjenigen Organ zu, von welchem dieselbe bewilligt worden ist. Die Gläubigerversammlung kann dem Gemeinschuldner unter allen Umständen die Unterstützung entziehen, welche ihm der Verwalter bewilligt hat. Dagegen ist letzterer nicht zur Entziehung oder Beschränkung derjenigen Unterstützung befugt, welche von der Gläubigerversammlung gewährt worden ist.

II. Fortführung und Schliessung des Geschäftes.
(§ 118 Abs. 2 und § 120 Abs. 1.)

Die vorläufige Bestimmung über eine etwaige Fortführung des Geschäftes, welche sehr häufig wünschenswert, manchmal, insbesondere bei Fabrikgeschäften, unvermeidlich ist, steht dem Verwalter bezw. wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss bestellt ist, diesem zu. Die endgültige Entscheidung ist der Gläubigerversammlung überlassen. Das Gericht mit der Entscheidung darüber zu befassen, wurde nicht für angemessen gehalten, weil bei demselben die erforderliche Sachkenntnis in der Regel nicht vermutet werden könne. Dass der Verwalter befugt ist, bei einer Fortführung des Geschäftes neue, für die Konkursmasse und den Gemeinschuldner bindende Verpflichtungen einzugehen, ergiebt sich aus § 5. (Vgl. Bem. II. 3 zu diesem § S. 34.) Ob und inwieweit mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Konzession oder die Unzulässigkeit eines Gewerbebetriebes durch Stellvertreter der Fortführung gewerbliche Hindernisse entgegenstehen, bestimmt sich nach den Vorschriften der Gewerbeordnung (§§ 29 ff., 41 ff., 55 ff.). (M. S. 351.) Das Gericht kann auf die Fortführung oder Schliessung des Geschäftes immerhin einen mittelbaren Einfluss ausüben. Es kann dem Verwalter die Entscheidung aus der Hand nehmen, indem es einen vorläufigen Gläubigerausschuss ernennt oder eine Gläubigerversammlung beruft. Bezüglich der Beschlüsse der letztern kann es auf Antrag die Ausführung untersagen, wenn sie dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widersprechen. (§ 91.)

III. Hinterlegung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten. Anlegung von Geldern. (§ 118 Abs. 2 und § 120 Abs. 1.)

1) Bezüglich der von dem Verwalter zu erhebenden Einnahmen wurde von Beschränkungen desselben bezüglich der Einnahme selbst (Gegenzeichnung des Gerichtes bei Quittungen des Verwalters u. s. w.) im allgemeinen abgesehen. Soweit es sich um den Empfang von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und um Anweisungen des Verwalters auf diese handelt, wurde jedoch die Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses vorgeschrieben. Im übrigen ist der Verwalter allein zur Empfangnahme aller zur Masse gehörigen Gegenstände, sowie der an dieselbe geschuldeten Gelder ermächtigt, und die von ihm ausgestellten Empfangsbescheinigungen sind Dritten gegenüber

[1]) Vgl. v. Völderndorff und v. Wilmowski a. a. O. A. M. Filting S. 215 § 23 Anm. 44; v. Sarwey S. 647 § 120 Nr. 1; Stieglitz S. 502.

unbedingt wirksam. Durch die §§ 118 und 120 sind Vorkehrungen dafür getroffen, dass die Geldbestände nicht länger als notwendig in den Händen des Verwalters bleiben oder von demselben zu fremdartigen Zwecken verwendet werden. Dem in der Konkursordnung angenommenen Grundsatze der Selbstverwaltung entsprechend (Bem. I. zu §§ 79 ff.), wurde dagegen von einer unbedingten Verpflichtung des Verwalters zur Hinterlegung bei Gericht oder bei einer sonstigen Kasse abgesehen. Bis zum Zusammentritte der Gläubigerversammlung hat der Gläubigerausschuss und, wenn ein solcher nicht bestellt wurde, das Gericht die nähern Anordnungen über die Hinterlegung zu treffen. Es ist sonach auch deren Sache, zu bestimmen, wie viel von den vorhandenen Beständen oder eingehenden Geldern zu laufenden Verwaltungsausgaben oder sonst notwendigen Zahlungen zurückgehalten werden soll. Die endgültige Bestimmung darüber, in welcher Weise und unter welchen Bedingungen die Wertsachen, Gelder und Wertpapiere hinterlegt oder angelegt werden sollen, ist der Beschlussfassung der Gläubiger überlassen, welche das grösste Interesse daran haben, die Sicherheit der Hinterlegungsstelle, sowie die Vorteile und Nachteile, welche dieselbe bietet, zu prüfen. Die nutzbringende sichere Anlegung der verfügbaren Gelder, durch Ankauf leicht verwertbarer Staatspapiere, Pfandbriefe oder Wechsel, ist nicht ausgeschlossen. Die Befolgung der gefassten Beschlüsse durch den Verwalter ist gleichfalls von der Gläubigerversammlung bezw. vom Gläubigerausschusse zu überwachen. Die Androhung hoher Verzugszinsen oder des Verlustes der Vergütung (§ 77) oder der Amtsentsetzung, welche andere Gesetzgebungen für den Fall unterlassener Ablieferung gegen den Verwalter aussprechen, wurde für entbehrlich gehalten. (M. S. 352, 353.)

2) Auf die Anfrage von Hullmann, welcher Unterschied zwischen „Anlegen“ und „Hinterlegen“ bestehe, wurde in der Reichstagskommission erwidert: „In § 120 bezeichne „Hinterlegen“ das blosse Deponieren, „Anlegen“ das Nutzbarmachen insbesondere durch Ankauf von Wechseln. Staatsobligationen u. s. w. Übrigens sei auch durch den Ausdruck „Hinterlegung“ eine Zinsbarmachung der hinterlegten Gelder nicht ausgeschlossen. Dagegen beschränke sich der Ausdruck nicht auf die zu gerichtlichen Hinterlegungen bestimmten Anstalten. Die Hinterlegung könne bei jeder Bank und bei jedermann angeordnet bezw. beschlossen werden.“ Gegen diese Auslegung wurde Widerspruch nicht erhoben. (K. S. 88.) Diese Unterscheidung hat auch eine erhebliche praktische Bedeutung, weil der Verwalter nur zur Hinterlegung, nicht zur Anlage von Geldern befugt ist, sonach diese nicht in der Weise verwenden darf, dass Verluste durch Kursänderungen eintreten können, oder die Gelder nicht jederzeit flüssig zu machen sind.

3) § 118 Abs. 2 bezieht sich seinem Wortlaute nach ebenfalls nur auf die Zeit zwischen der Konkurseröffnung und der ersten Gläubigerversammlung. Auch hier ist aber wie in Ansehung des Abs. 1 (Bem. I. 3) eine ausdehnende Auslegung gerechtfertigt. Die Notwendigkeit der Hinterlegung bezw. einer Änderung in Ansehung derselben kann hier in der dringendsten Weise hervortreten, wenn nach der ersten Gläubigerversammlung ein Ereignis, z. B. ein Brand oder Konkurs eingetreten ist, infolge dessen die bisherigen Vorkehrungen als ungeeignet erscheinen. In solchen Fällen ist der Verwalter befugt, vorläufige Verfügungen zu treffen. Auch die Beschlussfassung durch eine spätere Gläubigerversammlung, insbesondere die Abänderung früher gefasster Beschlüsse muss als zulässig angesehen werden.[1])

IV. Berichterstattung und Rechnungslegung des Verwalters.

(§§ 119 und 120 Abs. 2.)

1) Daraus, dass der Bericht des Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung zu erstatten ist, ergiebt sich, dass derselbe mündlich erstattet werden muss. Dieser Vortrag, bezüglich dessen es als zweckmässig erscheint, dass er der Vornahme der Wahlen und der

[1]) Vgl. Fitting S. 216 § 23 Nr. VI.; v. Sarwey S. 646 Nr. 8.

Verhandlung über die in den §§ 120 und 122 vorgesehenen Gegenstände vorausgeht, soll in Verbindung mit der dem Gemeinschuldner selbst zur Pflicht gemachten Auskunftserteilung den Gläubigern einen möglichst vollständigen Einblick in die Sachlage verschaffen. Ein mündlicher Bericht wurde für geeigneter gehalten als ein schriftlicher (M. S. 351), weil dadurch zugleich den Gläubigern eine Veranlassung zur stärkern Beteiligung an dem Wahltermin gegeben, und bei Anwendung des jedem Gläubiger zustehenden Fragerechtes die Klarstellung der Sache wesentlich gefördert werde. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass der Bericht schriftlich abgefasst und in der Versammlung (ganz oder teilweise) vorgelesen wird. Wegen der vollständigen Klarlegung muss der Bericht sich auch auf diejenigen Verhältnisse erstrecken, welche voraussichtlich zu den in den §§ 121, 122 vorgesehenen Massregeln Veranlassnug geben. Dieser Teil wird insbesondere von Einfluss sein für die Frage, ob ein Gläubigerausschuss zu wählen ist.[1]) Für diese Klarstellung ist die Buchführung des Gemeinschuldners ein wesentliches, in kaufmännischen Konkursen nicht zu umgehendes Mittel. Nicht bloss der Verwalter, sondern auch der Gläubigerausschuss wird sich von ihrer Beschaffenheit überzeugen müssen. Ob sie einer technischen Revision zu unterziehen ist, muss im einzelnen Falle geprüft werden. (M. S. 351, 352.)

2) Auf Grund der allgemeinen Verhandlung über die Sachlage wird die Gläubigerversammlung die ihr zugewiesenen Beschlüsse in der Regel sofort fassen können. Sie kann aber dieselben auch dem etwa bestellten Gläubigerausschus übertragen. (M. S. 352.) Ausser der bereits erörterten Beschlussfassung über die Unterstützung des Gemeinschuldners, die Fortführung des Geschäftes, die Hinterlegung von Geldern u. s. w. kommt noch die fortlaufende Überwachung des Verwalters in Betracht, über welche gleichfalls zu beschliessen ist. Zu dieser dienen im allgemeinen Anordnungen über die fortlaufende Berichterstattung und Rechnungslegung des Verwalters, welche auch die Buch- und Aktenführung desselben, die Sammlung der erforderlichen Belege u. s. w. umfassen können, und denen durch das Kontrollrecht des Gläubigerausschusses (§ 80) sowie nötigenfalls durch die Disciplinarbefugnis des Gerichtes (§ 76) Nachdruck zu geben ist. (M. S. 352.) In der Regel wird die Abnahme der von Zeit zu Zeit zu erstattenden Berichte und der Rechnungslegungen, welche letztern am besten schriftlich zu erfolgen haben, und dann die Schlussrechnung in zweckmässiger Weise vorbereiten, dem Gläubigerausschusse übertragen werden.[2])

§ 121.

Der Verwalter hat, falls ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen:

1. wenn Gegenstände, deren Verkauf ohne offenbaren Nachteil für die Masse ausgesetzt werden kann und nicht durch die Fortführung des Geschäftes veranlasst wird, verkauft werden sollen, bevor der allgemeine Prüfungstermin abgehalten oder ein vor dem Schlusse desselben eingereichter Zwangsvergleichsvorschlag erledigt ist;
2. wenn die Erfüllung von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners verlangt, Prozesse anhängig gemacht, deren Aufnahme abgelehnt, Vergleiche oder Schiedsverträge ge-

[1]) Vgl. Fitting S. 301 § 37 Anm. 18; v. Völderndorff Bd. II. S. 311.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 648 Nr. 5; Stieglitz S. 507; v. Völderndorff Bd. II. S. 311.

schlossen, Aussonderungs-, Absonderungs- oder Masseansprüche anerkannt, Pfandstücke eingelöst, oder Forderungen veräussert werden sollen, und es sich in diesen Fällen um einen Wertgegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt.

§ 122.

Der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen:

1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand oder das Geschäft des Gemeinschuldners im ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräussert werden soll;
2. wenn Erbschaften oder Vermächtnisse für die Masse aufgegeben, oder wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen.

§ 123.

Der Verwalter hat in den Fällen der §§ 121, 122 vor der Beschlussfassung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung und in den Fällen des § 121, wenn ein Gläubigerausschuss nicht bestellt ist, vor der Vornahme der Rechtshandlung dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von der beabsichtigten Massregel Mitteilung zu machen.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, sofern nicht die Gläubigerversammlung die Genehmigung erteilt hat, die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersagen und zur Beschlussfassung über die Vornahme eine Gläubigerversammlung berufen.

§ 124.

Durch die Vorschrift der §§ 121—123 wird die Gültigkeit einer Rechtshandlung des Verwalters dritten Personen gegenüber nicht berührt.

(E. §§ 121—123, 125; M. S. 354—357; K. S. 87, 88, 170, 171; pr. K.-O. §§ 157—160, 222, 223, 256, 264, 273 ff.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1) Die §§ 121 und 122 beziehen sich auf diejenigen Verfügungen über die Konkursmasse, für welche ein Zusammenwirken des Verwalters und der Gläubiger erfordert wird. Hierbei war einerseits die Rücksicht auf die Wichtigkeit, Tragweite oder Ungewöhnlichkeit einzelner Verfügungen massgebend, wonach es als unzulässig erschien, lediglich das Ermessen des Verwalters entscheiden zu lassen, andererseits die Erwägung, dass nicht durch zu weit gehende Beschränkungen des letztern die Abwickelung des Liquidationsgeschäftes zum Nachteil der Beteiligten gelähmt werden dürfe. Für Rechtsgeschäfte, bei welchen der letztere Gesichtspunkt vorwiegt, wurde die umständlichere Zusammenberufung und Beschlussfassung der Gläubigerversammlung für unthunlich erachtet und deshalb der Verwalter nur auf eine Verständigung mit dem Gläubigerausschusse angewiesen, dergestalt dass, wenn die Gläubiger einen Ausschuss nicht bestellt haben, der Verwalter in der Vornahme der Geschäfte selbständig ist. Die Rechtsgeschäfte dieser Art stellt § 121 zusammen. Für die Fälle, in welchen der erste Gesichtspunkt durchschlägt, wurde der Verwalter dagegen in Ermangelung eines Gläubigerausschusses an die Genehmigung der Gläubigerversammlung gewiesen. Die Aufzählung der Rechtsgeschäfte, welche hierher gehören, enthält § 122. (M. S. 354.) Verfügungen, bei welchen schon eine kurze Zeitversäumnis unwiderrufliche Nachteile für die Masse herbeiführen könnte, z. B. die Aufhebung bestehender Pacht-, Miet- und Dienstverträge, wurden einer Mitwirkung der Gläubiger ganz entzogen. Von freigebigen Verfügungen spricht weder § 121 noch § 122, weil solche überhaupt nicht in die Geschäftsthätigkeit des Verwalters gehören und deshalb nicht vorgenommen werden dürfen. (Bem. II. 3 zu § 5 S. 35.) Aus der Nichterwähnung solcher Verfügungen darf deshalb nicht geschlossen werden, dass der Verwalter zu freigebigen Verfügungen ohne Genehmigung berechtigt sei. [1]) Nur ausnahmsweise hat das Gesetz in den §§ 118 Abs. 1 und 120 Abs. 1 eine freigebige Verfügung zugunsten des Gemeinschuldners zugelassen, welchem eine Unterstützung aus der Masse bewilligt werden kann.

2) Die in den §§ 121 und 122 vorgeschriebene Genehmigung kann auch in allgemeiner Weise erteilt werden. (M. S. 356.) Geschieht dies, so wird durch die erteilte Genehmigung der Verwalter zur Vornahme der Handlung berechtigt und von seiner Verantwortlichkeit entlastet. Die Mitglieder des Gläubigerausschusses, welche in dieser Weise verfahren, können sich aber, wenn sie ohne Prüfung der Sachlage die Genehmigung erteilen, einer Pflichtverletzung schuldig machen, welche sie haftbar macht. [2]) In den Motiven wurde noch bemerkt, dass es dem Verwalter in dringenden Fällen unbenommen sei, die Genehmigung nach Vornahme der Handlung einzuholen. In solchen Fällen handelt der Verwalter, wenn er die vorgeschriebene Genehmigung nicht vorbehält, auf eigene Verantwortlichkeit (Bem. II. 2 zu § 5 S. 34), welche jedoch durch die nachträgliche Genehmigung beseitigt wird. Schliesst derselbe ein Rechtsgeschäft unter dem Vorbehalte der nachträglichen Genehmigung ab, so setzt er damit eine Bedingung, deren Eintritt erforderlich ist, damit das Geschäft für ihn bindend wird. [3])

3) In den durch die §§ 121 und 122 vorgesehenen Fällen ist nach § 123 auch der Gemeinschuldner zu hören. Die Vorschriften dieses §, wie die der §§ 121 und 122, wirken übrigens nach § 124 nicht nach aussen. Es können sich sonach weder dritte Personen dem Gemeinschuldner, dem Verwalter oder den Gläubigern gegenüber auf eine Verletzung der in Frage stehenden Vorschriften berufen, noch kann diese Dritten gegenüber vom Verwalter selbst oder vom Gemeinschuldner geltend gemacht werden. Auch vom Prozessgerichte sowie dem Grundbuch- bezw. Hypothekenbeamten kann ausser der in § 73 Abs. 2 vorge-

[1]) Vgl. R.-G. (VI.) 10. Mai 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 196 und Bl. für Rechtsanw. Bd. 51 S. 431.

[2]) Vgl. Fitting S. 212 § 23 Anm. 35; v. Sarwey S. 650 Nr. 1, S. 653 Nr. 2; Stieglitz S. 507; v. Völderndorff Bd. II. S. 320, 321 Anm. 12; Willenbücher S. 171 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 341.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 514; Willenbücher S. 173 Nr. 2 c.; v. Wilmowski S. 348.

sehenen Legitimation von dem Verwalter weder von Amts wegen noch auf Antrag ein Nachweis über die Befolgung der §§ 121—123 verlangt werden. (Bem. II. 2 zu § 5 S. 34.)[1] In solchen Fällen kann jedoch gegen den Verwalter auf dem Disciplinarwege vorgegangen und derselbe ausserdem für entstandenen Schaden verantwortlich gemacht, auch ein von demselben beanspruchter Ersatz für die aus Anlass des Geschäftes gemachten Auslagen verweigert werden. (§§ 74—76.) Die Vorschrift des § 124 wurde in den Motiven (S. 356) in folgender Weise begründet: „Der Verwalter ist nach aussen der gesetzliche Disponent. (§ 5.) Erregt schon jede gesetzliche Einschränkung eines vertragsmässigen Disponenten, Prokuristen, Liquidators u. s. w. dem Publikum gegenüber Bedenken, so steigern sich dieselben bei einer gesetzlichen Stellvertretung. Unmöglich aber kann dem Publikum die Prüfung zugemutet werden, ob ein Gläubigerausschuss bestellt, ob vorschriftsmässig die Gläubigerversammlung berufen, ob ordnungsmässig der Beschluss des Ausschusses oder der Versammlung zustande gekommen, in welcher Lage der Konkurs sich befindet, welche Gründe zu einem Verkaufe drängen, ob das in Rede stehende Rechtsgeschäft zu der einen oder zu der andern oder zu keiner der beiden Kategorien zu rechnen ist u. s. w. Die §§ 121, 122 sind nur Kautelen für den innern Geschäftsgang.“ Hienach könnte es den Anschein haben, als ob die Gültigkeit des ohne Genehmigung vorgenommenen Geschäftes durch den guten Glauben des andern Vertragschliessenden bedingt sei und dieser verpflichtet wäre, sich nach der Beobachtung der §§ 121, 122 zu erkundigen, die Kenntnis des Mangels aber den letztern verpflichtete, vom Geschäfte abzustehen. Allein eine solche Unterscheidung hat § 124 nicht gemacht. Der Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Genehmigung hat hienach die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes überhaupt nicht zur Folge, gleichviel ob der andere Teil diesen Mangel gekannt hat oder nicht.[2] Im Entwurfe hatte der jetzige § 123 die Z. 125 und der jetzige § 124 die Z. 123. Die Stellung der §§ und die Fassung des § 124 wurde geändert, um es ausser Zweifel zu stellen, dass auch die Unterlassung der Anhörung des Gemeinschuldners, welche lediglich zu dessen Schutze vorgeschrieben ist, nur die Verantwortlichkeit des Verwalters erhöht, aber ebensowenig wie der Widerspruch des Gemeinschuldners die Gültigkeit der vom Verwalter vorgenommenen Rechtshandlungen beeinträchtigen kann. (M. S. 357; K. S. 170, 171.)

II. Rechtsgeschäfte, bezüglich deren nur die Genehmigung des Gläubigerausschusses einzuholen ist. (§ 121.)

1) Die Vorschrift des § kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn ein Gläubigerausschuss einstweilen durch das Gericht bestellt, als wenn ein solcher durch die Gläubigerversammlung gewählt worden ist. Besteht ein Gläubigerausschuss nicht, so bedarf der Verwalter keinerlei Genehmigung, sondern hat in den unter den § gehörigen Fällen nach eigenem Ermessen zu handeln. Dass die Genehmigung auch in allgemeiner Weise erteilt und in dringenden Fällen nachgeholt werden kann, wurde bereits früher bemerkt. (Bem. I. 2.) Solange die in Frage stehende Handlung noch nicht vorgenommen worden ist, kann übrigens die Genehmigung vom Gläubigerausschusse zurückgezogen werden.[3]

2) § 121 Z. 1 sichert den Gläubigern den Einfluss darauf, dass der Verwalter nicht ohne dringende Veranlassung die Massegegenstände vorschnell verwertet und dadurch einer den Gläubigern günstigen Erledigung des Konkurses durch Zwangsvergleich vorgreift. (M. S. 354; Vorbem. 3 zu §§ 107 ff.) Ob der Verkauf „ohne offenbaren Nachteil für die Masse“ ausgesetzt werden kann, ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu entscheiden. Ohne

[1] Vgl. Stieglitz S. 514 a. E.; Wengler S. 530; Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.; R.-G. (III.) 20. Jan. 1882 und (I.) 28. Jan. 1888, jur. Wochenschr. 1882 S. 91, Entsch. Bd. XX. S. 108 ff., bes. S. 110; O.-L.-G. Dresden 31. Jan. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. III. S. 121 ff.

[2] Vgl. v. Sarwey S. 658; v. Völderndorff Bd. II. S. 343, 344; Willenbücher S. 173 Nr. 2 b.

[3] Vgl. Hullmann S. 266 Nr. 4.

weiteres gestattet ist der Verkauf solcher Sachen, welche dem Verderben oder einer Entwertung ausgesetzt sind, oder deren Aufbewahrung unverhältnismässige Kosten verursacht. Zu den Verkäufen, welche „durch die Fortführung des Geschäftes veranlasst" werden, gehören nur solche, welche der gewöhnliche Geschäftsbetrieb mit sich bringt; es ist dem Verwalter sonach nicht ohne weiteres ein „Ausverkauf" gestattet.[1])

3) In den unter Z. 2 gehörigen Fällen tritt die Beschränkung des Verwalters nur dann ein, wenn es sich um einen Gegenstand von mehr als dreihundert Mark handelt. Soweit der Wert der zu veräussernden Gegenstände zweifelhaft ist, kann der Verwalter dieselben durch Sachverständige abschätzen lassen. Die §§ 3 ff. der C.-P.-O. sind hier nicht massgebend, da es sich nicht um die Berechnung des Wertes eines Streitgegenstandes, sondern um eine Veräusserung handelt, bezüglich deren lediglich der Verkaufswert massgebend ist. Bestehen Zweifel bezüglich des Wertes, so wird der Verwalter gut daran thun, die Genehmigung des Gläubigerausschusses nachzusuchen. Dieser kann aber eine Beschlussfassung ablehnen, wenn er annimmt, dass der Wert der Gegenstände dreihundert Mark nicht übersteige. Wird dem Verwalter der Vorwurf gemacht, dass er die Genehmigung nicht eingeholt habe, und behauptet derselbe, die Gegenstände seien nicht 300 Mark wert gewesen, so hat, wenn eine Ordnungsstrafe in Frage steht, das Konkursgericht, wenn Schadenersatz vom Verwalter verlangt wird, das Prozessgericht darüber zu entscheiden, ob mit Rücksicht auf den Wert der Gegenstände die Genehmigung erforderlich war.[2]) Bezüglich der einzelnen Rechtsgeschäfte ist noch folgendes zu bemerken:

a. Der Verwalter bedarf der Genehmigung nur dann, wenn er auf Grund des Gesetzes (§§ 15 ff.) die Erfüllung von Rechtsgeschäften verlangen will, die an sich nicht erfüllt zu werden brauchen und deren Erfüllung eine Masseschuld begründet (§ 52 Nr. 2), nicht aber dann, wenn er die Absicht hat, den Vertrag als aufgelöst zu behandeln oder zu kündigen und er deshalb von er der Erfüllung absieht. (Vgl. Bem. I. zu § 15.)[3])

b. Von Prozessen kommen hier vornehmlich diejenigen in Betracht, welche die Teilungsmasse (Aktivmasse) betreffen. Die Ablehnung der Aufnahme eines schwebenden Prozesses bedeutet entweder nach § 8 die Aufgabe der von dem Gemeinschuldner erlangten Prozessrechte für die Masse oder nach § 9 ein Anerkenntnis des Anspruches des klagenden Prozessgegners. In beiden Fällen steht eine Schmälerung der Teilungsmasse in Frage. (M. S. 354.) Folglich setzt die Ablehnung der Aufnahme eines Prozesses, welcher die Teilungsmasse betrifft, nach § 121 Abs. 2 immer die Genehmigung des Gläubigerausschusses voraus.[4]) Prozesse in Ansehung der Masseschulden sind als Prozesse über die Teilungsmasse (§ 9) auch dann anzusehen, wenn die Masseschuld erst während des Verfahrens entstanden ist. Als Teilungsmasse erscheint nur diejenige Masse, welche nach der Bestreitung der Masseschulden und Massekosten übrig bleibt. Eine Genehmigung ist nicht erforderlich, wenn der Verwalter nicht einen Prozess anhängig machen, sondern die Einleitung unterlassen will, oder wenn er einen auf die Teilungsmasse bezüglichen Prozess (Bem. I. 2 zu §§ 8 ff.), in welchem der Gemeinschuldner Beklagter ist, einfach fortsetzt. Der Verwalter kann zwar auch in solchen Fällen nach der Ansicht des Gläubigerausschusses fragen (§ 80) und sich danach richten. Er ist aber hiezu nicht verpflichtet. Nur wenn mit der Unterlassung der Klage eine der Genehmigung bedürftige Handlung, z. B. die

1) Vgl. v. Sarwey S. 650 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 323 Anm. 17; Willenbücher S. 171 Nr. 2b.

2) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 328, 329; Willenbücher S. 171 Nr. 3a.

3) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 474; Fitting S. 210 § 23 Anm. 23; Stieglitz S. 509; v. Völderndorff Bd. II. S. 323, 324; Willenbücher S. 171 Nr. 3b; v. Wilmowski S. 342 Nr. 4.

4) Vgl. Fuchs S. 94 § 18 Anm. 15; Stieglitz S. 58 Vorbem. D.; v. Völderndorff Bd. II. S. 325; Wengler S. 526 Nr. 3; Willenbücher S. 172 Nr. 3d; v. Wilmowski S. 343 Nr. 6. A. M. v. Sarwey S. 651 Nr. 6.

Anerkennung eines Aussonderungsanspruches, verbunden wird, bedarf der Verwalter auch hiezu derselben.

Die Ablehnung der Aufnahme eines die Schuldenmasse betreffenden Prozesses kommt hier nicht in Betracht, weil es lediglich Sache des Konkursgläubigers ist, dessen Forderung bestritten wird, ob er den Prozess aufnehmen will oder nicht. (Bem. III zu §§ 8—10 S. 50.) Bezüglich der Schuldenmasse kann der Verwalter nur ausnahmsweise nach § 134 Abs. 6 in die Lage kommen, einen Prozess anhängig zu machen, da die Feststellungsprozesse in Ansehung bestrittener Forderungen im allgemeinen von den anmeldenden Gläubigern einzuleiten bezw. aufzunehmen sind. Sofern dieser Fall vorliegt, wird der Verwalter aber (obgleich § 121 zu den Vorschriften über die Teilungsmasse gehört) doch der Genehmigung des Gläubigerausschusses bedürfen. Es handelt sich immerhin um einen Prozess, den der Verwalter als solcher erhebt, und die Kosten dieses Prozesses sind aus der Masse zu bestreiten, können also die Teilungsmasse verringern. Der Verfasser der Motive scheint allerdings anderer Meinung gewesen zu sein. Derselbe hat wahrscheinlich nicht an die Ausnahmevorschrift des § 134 Abs. 6 gedacht. In dem hier vorgesehenen Falle ist aber nach Wortlaut und Grund der Vorschrift des § 121 Z. 2 die Einholung der Genehmigung geboten.[1])

Ob der Verwalter auch zur Erhebung einer Widerklage der vorgeschriebenen Genehmigung bedarf, kann nach dem Wortlaute des Gesetzes als zweifelhaft erscheinen, da durch die Widerklage formell ein neuer „Prozess" nicht eingeleitet, sondern innerhalb desselben Rechtsstreites eine neue Klage erhoben wird. Da der Sache nach durch die Widerklage ebenso wie im Falle der Klagenhäufung eine Mehrheit von Prozessen entsteht, welche nur verbunden und in einem und demselben Verfahren erledigt werden, jedenfalls der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft, wird es richtiger sein, die Genehmigung auch in Ansehung der Widerklage zu verlangen. Hiefür spricht noch der Umstand, dass die Widerklage in andern Richtungen gleichfalls als selbständige Klage behandelt wird (vgl. §§ 5 und 467 C.-P.-O. und § 94 Z. 2 G.-K.-G.) und dass der Widerkläger, wenn er unterliegt, die durch die Widerklage erwachsenen Kosten zu tragen hat.[2])

c. Zum Abschluss von Vergleichen und Schiedsverträgen bedarf der Verwalter in allen Fällen der Genehmigung, gleichviel ob bereits ein Prozess anhängig ist oder nicht und ob im erstern Falle die Klage vor oder nach der Konkurseröffnung erhoben wurde.[3]) Soweit es sich um die Schuldenmasse handelt, kann der Verwalter allerdings insoweit in die Lage kommen, einen Vergleich zu schliessen, als er seinen in der Gläubigerversammlung erhobenen Widerspruch zurücknehmen kann. Sollte derselbe einen Vergleich über einen derartigen Prozess schliessen, so bedarf er aber der Genehmigung. Schiedsverträge bezüglich der Geltendmachung von Konkursforderungen sind durch § 134 Abs. 2 ausgeschlossen, der genau vorschreibt, in welcher Weise eine Entscheidung bezüglich der streitig gebliebenen Forderungen herbeizuführen ist. Auf die Beobachtung dieser Vorschrift haben alle Gläubiger ein Recht; ein Schiedsvertrag könnte sonach nicht einmal mit Genehmigung des Gläubigerausschusses abgeschlossen werden. Vergleiche und Schiedsverträge über Masseschulden betreffen die Teilungsmasse ebenso wie die darauf bezüglichen Prozesse. (Vgl. oben Bem. 3 b S. 419.

d. Zur Einlösung eines Pfandstücks (Bem. II. 3 zu § 3) wurde die Genehmigung verlangt, weil es sich hierbei einerseits um Anerkennung eines Absonderungsanspruchs,

[1]) Vgl. v. Wilmowski S. 343 Nr. 5. Den Motiven folgen: Meisner S. 296 lit. c; v. Sarwey S. 650 Nr. 5; Stieglitz S. 509; v. Völderndorff Bd. II. S. 324; Wengler S. 526 Nr. 3; Willenbücher S. 171 Nr. 3 c.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 650 Nr. 5; Stieglitz S. 509; v. Völderndorff Bd. II. S. 325 Anm. 25; Willenbücher S. 171 Nr. 3 c; v. Wilmowski S. 343 Nr. 5. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 475; Fitting S. 210 § 23 Anm. 24.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 651 Nr. 7.

andererseits um Übernahme einer Verpflichtung für die Masse handelt, für welche unter Umständen der Erlös aus dem Pfandstücke einen genügenden Ersatz nicht liefert. Ebenso wie Pfandstücke müssen diejenigen Gegenstände behandelt werden, an welchen gemäss § 41 ein Absonderungsrecht geltend gemacht wird. Diese Rechte werden auch im übrigen wie Pfandrechte behandelt. (§ 117.) Auch würde es dem Geiste des Gesetzes nicht entsprechen, wenn man hier ein argumentum e contrario anwenden wollte.[1]) Die Einlösung erfolgt durch Tilgung der Forderung, mit welcher ein Absonderungsrecht verbunden ist. Unter die Veräusserung ausstehender Forderungen fällt nicht eine nach der Art des Geschäftsverkehrs übliche Verwertung durch Weiterbegebung; es ist vielmehr eine von der gewöhnlichen Verwertung und Einziehung abweichende Art der Verwertung gemeint. Das Erfordernis der Genehmigung bezieht sich sowohl auf den Verkauf aus freier Hand als auf den Fall des Ausgebots an den Meistbietenden. Auch die Überweisung von Forderungen an einzelne Gläubiger gehört hierher. (M. S. 354, 355.)

III. Rechtsgeschäfte, hinsichtlich deren die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung erforderlich ist. (§ 122.)

1. Besteht eine Forderung in fortlaufenden Bezügen, so ist zunächst zu entscheiden, ob auch die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Bezüge zu dem von dem Gemeinschuldner bereits erworbenen Vermögen und daher nach § 1 zur Konkursmasse gehören. Insoweit dies der Fall und das Bezugsrecht nicht unlösbar an die Person des Gemeinschuldners geknüpft ist (Bem. III. zu § 1 S. 7 ff.), ist eine Verwertung des Bezugsrechtes durch Veräusserung zulässig. Da diese Veräusserung eines solchen Bezugsrechtes aber noch tiefer als die einer andern Forderung in die Verhältnisse eingreift und sie nie durch dringende Eile geboten sein wird, rechnet sie die Konkursordnung zur zweiten Art von Rechtsgeschäften (Bem. I. 1 S. 417.) Mit ihr stellt § 122 Z. 1 diejenigen Fälle zusammen, in welchen ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand oder das Geschäft des Gemeinschuldners nicht durch Ausverkauf oder Verwertung im einzelnen, sondern im ganzen veräussert werden soll. (M. S. 355.) Soweit es sich um die Veräusserung eines Bezugsrechtes oder eines Geschäftes im ganzen handelt, muss die Genehmigung zur Veräusserung unter allen Umständen eingeholt werden, auch wenn diese in der Form der Versteigerung stattfindet.

Dagegen bedarf es der Genehmigung zur Veräusserung von unbeweglichen Sachen nur dann, wenn das betr. Grundstück mit Umgehung der öffentlichen Versteigerung aus freier Hand veräussert werden soll. In den Motiven wurde als Gegensatz von Veräusserung aus freier Hand die „Zwangsversteigerung“ bezeichnet. Aber damit soll wohl nur gesagt werden, dass die Veräusserung regelmässig in der Form der Versteigerung und zwar in derselben Form erfolgen soll, welche im Vollstreckungsverfahren als Regel vorgeschrieben ist. Jedenfalls verträgt sich eine andere Auffassung nicht mit dem Gesetze. (Vgl. auch die §§ 158 Z. 1 und 221 der pr. K.-O.). Die Veräusserung „aus freier Hand“ bildet nach dem allgemeinen Sprachgebrauche, der auch in den Motiven (S. 354, 355) festgehalten ist, (Bem. II. 3 d.), nicht den Gegensatz zum Zwangsvollstreckungsverfahren, sondern zur öffentlichen Versteigerung, bei welcher die Sache dem Meistbietenden zugeschlagen wird. Ferner hätte es, wenn Absonderungsansprüche nicht bestehen, keinen Sinn, den Verwalter zur Betreibung einer Zwangsversteigerung vor dem Vollstreckungsgerichte zu nötigen.[2]) Auch nach dem Sprachgebrauche der preussischen Konkursordnung bildete den Gegensatz zum Verkauf aus freier Hand nicht der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung. In § 221 Abs. 2 dieses Gesetzbuches wurde dem definitiven Verwalter der Verkauf der unveräus-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 651 Nr. 9; Stieglitz S. 509 Anm. c.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 476 § 72 Anm. 45; Fitting S. 211 § 23 Anm. 30. A. M. v. Sarwey S. 653, 654 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 330; Willenbücher S. 172 Nr. 1 a; v. Wilmowski S. 344 Nr. 2.

serten Gegenstände „nach den im Exekutionsverfahren geltenden Vorschriften oder in Abweichung von denselben“ gestattet. Nach § 223 Z. 1 war dagegen die Genehmigung erforderlich, wenn Immobilien, Gerechtigkeiten und Schiffe „aus freier Hand veräussert werden sollen“. Hätte den Gegensatz hiezu die Zwangsvollstreckung bilden sollen, so würde man sich wohl anders ausgedrückt haben. (Vgl. auch § 158 pr. K.-O. Z. 1.) Da der Weg der notariellen Versteigerung vielfach (vgl. z. B. § 16 des pr. Ausf.-Ges. zur K.-O. und § 32 des els.-lothr. Gesetzes zur Ausf. der C.-P.-O., K.-O. und Str.-P.-O.) durch die Gesetze besonders geregelt ist und dieselbe Sicherheit bietet wie der Weg der Zwangsvollstreckung, hätte es hier an jedem Grunde gefehlt, für den Fall, dass der Verwalter diesen auch bei der Veräusserung von Mündelgütern u. s. w. vorgesehenen Weg betrete, noch die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder der Gläubigerversammlung vorzuschreiben.[1]) Eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Rechtsgebieten darf aber jedenfalls nicht gemacht werden, da der Sprachgebrauch der Konkursordnung ein einheitlicher ist. Unter der Veräusserung kann hier nur die Übertragung des Eigentums verstanden werden, da sonst der Gegensatz zwischen Veräusserung „aus freier Hand“ und „Versteigerung“ keinen Sinn hat und die Verpfändung in Z. 2 besonders geregelt wird.[2]) Will der Verwalter die bewegliche Zubehör einer unbeweglichen Sache oder die ungetrennten Früchte derselben besonders veräussern, so bedarf er der in § 122 Z. 1 vorgeschriebenen Genehmigung nicht. Diese Sachen verlieren durch die Trennung, zu deren Vornahme der Käufer ermächtigt wird, ihre Eigenschaft als unbewegliche Sachen und werden als bewegliche verkauft.[3])

Eine Veräusserung des ganzen Geschäftes kann in verschiedener Weise vorkommen. Es kann das Warenlager mit der sonstigen Geschäftseinrichtung oder ohne dieselbe, oder das ganze Geschäft mit den vorhandenen Forderungen und Verbindlichkeiten veräussert werden. In allen diesen Fällen ist die Genehmigung der Gläubigerversammlung erforderlich. Die Aussonderung einzelner Gegenstände, z. B. der Geschäftseinrichtung, kann die Bedeutung der Rechtshandlung nicht ändern. Soll mit der Veräusserung des Geschäftes im ganzen diejenige der Firma verbunden werden, so bedarf es ausserdem der Zustimmung des Gemeinschuldners. (Bem. I. 2 zu § 1 S. 3.)[4]) Der Ausverkauf ist nicht als ein Verkauf des Geschäftes im ganzen, sondern als allmähliche Veräusserung der einzelnen Waren anzusehen.[5])

2) Hinsichtlich der in § 122 Z. 2 enthaltenen Vorschriften ist folgendes zu bemerken:

a. Dass zu einer Aufgabe von Erbschaften oder Vermächtnissen, soweit solche nach § 1 in die Konkursmasse fallen, die Genehmigung der Gläubiger verlangt wird, liegt in der Natur der Sache, da durch jene der Bestand der Teilungsmasse geschmälert werden kann. Für die Antretung oder den Erwerb der Erbschaft die Genehmigung zu fordern, wurde nicht für geboten erachtet, weil es dem Verwalter unter allen Umständen obliege, die Rechtswohlthat des Inventars zu wahren. (M. S. 355.) Bezüglich der Frage, wann eine Erbschaft in die Konkursmasse fällt, ist auf die Bem. III. 3 zu § 1 S. 9 ff. zu verweisen. In der Reichstagskommission (K. S. 170) bemerkte Hagens: „Die Konkursordnung setze voraus, dass der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein Recht auf die Erbschaft schon erworben habe, überlasse aber die Frage, ob und inwieweit schon die

[1]) Vgl. auch Mot. zum pr. Ges. vom 12. April 1888 über das Grundbuchwesen und die Zwangsvollstreckung § 37 des E., § 39 des Ges.; Menzer, Ges. über Grundbuchwesen S. 44; Mügel, rhein. Grundbuchrecht S. 188 § 39 Anm. 1.

[2]) Vgl. Fitting S. 211 § 23 Anm. 30; v. Wilmowski S. 345 Nr. 2a. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 330.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 510; v. Völderndorff Bd. II. S. 329; v. Wilmowski S. 345 Nr. 2.

[4]) Vgl. noch v. Völderndorff Bd. II. S. 331; v. Wilmowski S. 345 Nr. 2b.

[5]) Vgl. Endemann, a. a. O. S. 477; v. Völderndorff a. a. O.; Wengler S. 528; Willenbücher S. 172 Nr. 1b.

Delation ein solches Recht begründe, dem bürgerlichen Rechte. Übrigens habe auch für das gemeine Recht das Oberappellationsgericht in Celle entschieden, dass die Delation ein Recht gebe auf den Erwerb, auch wenn dieser selbst noch nicht vorgenommen sei."

b. In § 122 Z. 2 werden einige Fälle der Eingehung neuer Verbindlichkeiten hervorgehoben, deren Statthaftigkeit sich aus § 5 (Bem. II. 3 zu diesem § S. 34) ergiebt. Zur Eingehung derartiger Verpflichtungen, zu welcher auch die Übernahme fremder Verbindlichkeiten zu rechnen ist, wird, ohne dass es auf die Höhe des Schuldbetrages ankommt, stets die Genehmigung der Gläubiger erfordert.

Eine Erstehung von Grundstücken kann vornehmlich zur Rettung der für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken notwendig werden. In Preussen sind nach den Motiven für einzelne Konkursmassen empfindliche Verluste dadurch entstanden, dass die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes in solchen Fällen dem Verwalter die Befugnis aberkannte, als Bieter aufzutreten. (Vgl. Erk. des preuss. Obertrib. vom 19. Juni 1865 in Striethorst, Archiv Bd. 57 S. 362.) Besteht das Geschäft des Gemeinschuldners in der Vermittelung von Realkredit oder setzt sich das Vermögen desselben wesentlich aus Hypotheken zusammen, so könnte dieser Grundsatz zu einer vollständigen Preisgebung der Konkursmasse führen (M. S. 356.) Als Erstehung im Sinne des Gesetzes ist nicht bloss der Erwerb bei einer Versteigerung sondern jeder Ankauf anzusehen, da der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft und diese Auslegung sich mit dem Wortlaute desselben vereinbaren lässt. Bei der entgegengesetzten Auffassung würde es an jedem verständigen Grunde für die dann zu machende Unterscheidung fehlen. [1])

IV. Anhörung des Gemeinschuldners. (§ 123.)

In allen in den §§ 121 und 122 aufgezählten Fällen muss dem Gemeinschuldner, welchem die Handlungen des Verwalters unter Umständen grossen Nachteil bringen können, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit und Ungewöhnlichkeit der Rechtsgeschäfte Gelegenheit gegeben werden, bezüglich der Vornahme derselben seine Ansicht zu äussern und zur Kenntnis des Verwalters und des Gläubigerausschusses zu bringen. Dem Gemeinschuldner ist hiernach Zeit zu lassen, vor der Gläubigerversammlung sich zu äussern bezw. die Entscheidung des Gerichtes anzurufen. Die Worte „sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist" können nur den Sinn haben, dass eine Äusserung desselben ohne Aufschub erholt werden kann. Durch Unterlassung der Mitteilung setzt sich der Verwalter, sofern er nicht die gehörige Sorgfalt bewiesen hat, einem Schadenersatzanspruche des Gemeinschuldners aus, welcher Anspruch allerdings voraussetzt, dass eine Äusserung des Gemeinschuldners ohne erheblichen Aufschub zu erlangen gewesen wäre. [2]) Gelangt der Gläubigerausschuss bezw. die Gläubigerversammlung zur Ansicht, dass die Voraussetzungen zur Mitteilung gegeben waren und noch gegeben sind, so kann die Beschlussfassung vertagt werden. [3]) Eine Verpflichtung dazu besteht aber nicht. Deshalb können die Mitglieder der Gläubigerversammlung bezw. die in der Gläubigerversammlung anwesenden Gläubiger auch nicht dafür verantwortlich gemacht werden, dass sie nicht auf der Mitteilung an den Gemeinschuldner bestanden.

Dieser letztere kann, sofern seine Bedenken vom Verwalter oder Gläubigerausschusse nicht berücksichtigt worden sind, den Antrag stellen, dass das Gericht die Vornahme der Rechtshandlung vorläufig untersage und zur Beschlussfassung über dieselbe eine Gläubigerversammlung berufe. Über diesen Antrag muss das Gericht entscheiden; deshalb kann auch der Gemeinschuldner, wenn sein Antrag zurückgewiesen wird, Beschwerde einlegen. (Bem.

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 479; Fitting S. 212 § 23 Anm. 34; v. Völderndorff Bd. II. S. 337 Anm. 73 und 74; Willenbücher S. 172 Nr. 3b; v. Wilmowski S. 345 Nr. 4.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 657 Nr. 2.

[3]) Vgl. v. Sarwey a. a. O.; Stieglitz S. 513 Anm. b; v. Völderndorff Bd. II. S. 338.

III. 2 zu § 66.) [1]) Dem Verwalter steht dagegen das Recht der Beschwerde zu, wenn das Gericht dem Antrage des Gemeinschuldners stattgiebt.

Die dem Gerichte nach § 91 zustehende Befugnis wird durch die Vorschrift des § 123 nicht berührt. (M. a. a. O.) Hat der Verwalter die in Frage stehende Handlung schon vorgenommen, ehe ihm der Untersagungsbeschluss zugestellt wird, so ist dieser Beschluss wirkungslos. Aber auch wenn derselbe ungeachtet des Beschlusses die Rechtshandlung vornehmen sollte, würde zwar die Anwendung des § 76 gerechtfertigt, die vorgenommene Rechtshandlung aber nach § 124 als gültig anzusehen sein. Durch die nachträgliche Genehmigung der Gläubigerversammlung, deren Entscheidung deshalb ungeachtet der Vornahme der Rechtshandlung nicht als gegenstandslos erscheint, wird die Verantwortlichkeit des Verwalters beseitigt.

§ 125.

Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist und die Gläubigerversammlung nicht ein anderes beschliesst, bedürfen Quittungen des Verwalters über den Empfang von Geldern, Wertpapieren oder Kostbarkeiten von der Hinterlegungsstelle und Anweisungen des Verwalters auf die Hinterlegungsstelle zu ihrer Gültigkeit der Mitzeichnung eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses.

(E. § 124; M. S. 353; K. S. 88.)

1) Während im allgemeinen die Quittungen des Verwalters den Zahlenden vollkommen sicher stellen, bedarf es in den im § vorgesehenen Fällen, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, zur Gültigkeit der Quittung der Mitunterzeichnung durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses. Unterlassen die Gläubiger die Bestellung eines Ausschusses, so verzichten sie damit zugleich auf die in Frage stehende Sicherheitsmassregel. (M. S. 353.) Aber auch wenn ein Ausschuss bestellt worden ist, kann die Gläubigerversammlung den Verwalter von der Verpflichtung, die Quittungen mitunterzeichnen zu lassen, entbinden. Die Hinterlegungsstelle, sowie derjenige, welcher eine Anweisung auf dieselbe annimmt, müssen sich daher entweder der Unterschrift des Gläubigerausschusses oder des Nachweises versichern, dass ein Ausschuss nicht bestellt worden ist oder die Gläubigerversammlung beschlossen hat, dass die Mitunterzeichnung nicht erforderlich sei. (M. S. 353.) In der Reichstagskommission wurde die Streichung des § beantragt, weil derselbe die Rechte gutgläubiger Dritter, welche Zahlung geleistet hätten, verletze und dem Grundsatze des § 124 widerspreche. Derselbe wurde aber diesem Antrage entgegen angenommen, nachdem Hagens bemerkt hatte: „Der § beziehe sich nicht auf den Verkehr des Verwalters mit dem Publikum, sondern nur auf den des Verwalters mit der Hinterlegungsstelle. Da die gerichtliche Hinterlegung des Verwalters nicht obligatorisch sei, bedürfe es einer solchen Garantie, der Möglichkeit der Kontrolle des Verwalters.“ Dass die Vorschrift des § auch dann zur Anwendung kommt, wenn die Hinterlegung nicht bei Gericht oder bei einer öffentlichen Kasse, sondern bei einer Bank oder bei einem Privatmann stattgefunden hat, ist unzweifelhaft. (Bem. III. 1 zu §§ 118 ff.)

2) Da die Hinterlegungsstelle bezw. deren Angestellte Gewissheit darüber haben müssen, ob auf einfache Quittung des Verwalters gezahlt werden kann oder die Mitunterschrift eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses erforderlich ist, wird es geboten sein, dass derselben von der Einsetzung eines Gläubigerausschusses unter Angabe der Namen der Mitglieder Mitteilung gemacht und ebenso davon Nachricht gegeben wird, dass die Gläubigerversamm-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 513 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 341 Anm. 12; Willenbücher S. 173 Nr. 2; v. Wilmowski S. 346. A. M. Endemann a. a. O. S. 480; Fitting S. 214 § 23 Anm. 39.

lung eine Mitunterschrift für überflüssig erklärt hat. Hat die Hinterlegungsstelle, welche nicht in jedem einzelnen Falle über die rechtliche Lage Erkundigung einziehen kann, sich mit dem Antrage an das Gericht gewendet, ihr von jedem für den Vollzug des § 125 erheblichen Ereignis Mitteilung zu machen, und ist eine solche Mitteilung unterblieben, so kann die Hinterlegungsstelle für einen Verstoss nicht verantwortlich gemacht werden. [1])

3) Welches Mitglied die Quittungen des Verwalters zu unterzeichnen hat, ist vom Gläubigerausschusse zu bestimmen. Wenn aber ein anderes als das bezeichnete Mitglied die Unterzeichnung vorgenommen hat, ist die Quittung gültig und kann nur im Falle eines Schadens das ohne Auftrag unterzeichnende Mitglied unter Umständen für denselben verantwortlich gemacht werden. Unter den im Gesetze erwähnten „Anweisungen" sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauche bloss kaufmännische Anweisungen, nicht aber Wechsel zu verstehen. Auch die Motive S. 353 haben nur kaufmännische Anweisungen im Auge. Wenn der Verwalter auf die Hinterlegungsstelle einen Wechsel zieht, kommt also § 125 nicht zur Anwendung. [2]) Ob die Gelder oder Wertpapiere u. s. w. vor oder nach der Bestellung des Gläubigerausschusses hinterlegt worden sind, ist gleichgültig. Das Gesetz macht in dieser Beziehung einen Unterschied nicht. [3])

Vierter Titel.

Schuldenmasse.

(§§ 126—136.)

Vorbemerkungen.

1) Der vierte Titel handelt von der Feststellung der Schuldenmasse. Da der Konkurs nach der Konkursordnung nicht als ein Prozess, sondern als ein unter gerichtlicher Mitwirkung sich vollziehendes Liquidationsverfahren anzusehen ist, (Bem. 1. zu § 65), so musste sich diese Feststellung anders gestalten, als es im gemeinen Rechte geschehen war. Für die Feststellung der Schuldenmasse konnte die Rückkehr zu dem gemeinrechtlichen „Präklusions- und Klassifikationsverfahren" nicht in Frage kommen. Ein Recht der anmeldenden Gläubiger auf unbedingte Ausschliessung der säumigen wurde gleichfalls nicht anerkannt; die erstern können nur beanspruchen, dass dasjenige, was im Konkurse bereits endgültig festgestellt, beschlossen oder ausgeführt ist, nicht durch die nachträglich hinzutretenden Gläubiger angefochten oder in Frage gestellt werde, und dass die Kosten verspäteter Anmeldungen nicht der Konkursmasse zur Last fallen. Im grossen und ganzen wurden die von der preussischen Konkursordnung in Anlehnung an das französische Recht im einzelnen aufgestellten Grundsätze über die Anmeldung, Prüfung und Feststellung der Konkursforderungen beibehalten. Nur war man bei Aufstellung der Konkursordnung bestrebt, dem Verfahren eine noch grössere Beschleunigung und Einfachheit zu geben und dasselbe so zu gestalten, dass dadurch sowohl für alle spätern Verhandlungen im Konkurse, als auch unter Umständen über den Konkurs hinaus für die Verfolgung der Ausfälle gegen den gewesenen Gemeinschuldner eine feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde. (M. S. 357.)

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 660 Nr. 1; Willenbücher S. 174 Nr. 2. Noch weiter geht v. Völderndorff Bd. II. S. 348, welcher annimmt, dass das Gericht von Amts wegen zu derartigen Mitteilungen verpflichtet sei und deren Unterlassung die Hinterlegungsstelle auch dann befreie, wenn sie keine Erkundigungen eingezogen habe.

[2]) Vgl. Fitting S. 217 § 23 Anm. 49; v. Sarwey S. 660 Nr. 1 Bem. 5; v. Wilmowski S. 349. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 432; v. Völderndorff Bd. II. S. 347 lit. e; Willenbücher S. 174 Nr. 3.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 348. A. M. v. Sarwey S. 659 Nr. 1 Bem. 2.

2) In den §§ 126—128 wird von der Anmeldung der Forderungen, in den §§ 129—133 vom Prüfungstermine und der die Ergebnisse desselben zusammenfassenden Tabelle gehandelt, während die §§ 134—136 sich mit der gerichtlichen Feststellung der streitig gebliebenen Forderungen (den Spezialprozessen) beschäftigen. Auf die Geltendmachung des Absonderungsrechtes beziehen sich die Vorschriften des Titel IV., insbesondere die §§ 134—136 nicht, da die Feststellung der Schuldenmasse nur für die gemeinschaftliche Befriedigung der Konkursgläubiger Bedeutung hat, der Absonderungsberechtigte aber seine Befriedigung ausserhalb des Konkursverfahrens sucht.[1]) Nur soweit ein Absonderungsberechtigter gemäss § 57 seine Forderung für denjenigen Betrag, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet oder für den Betrag des Ausfalles als Konkursgläubiger geltend macht, sind die Vorschriften der §§ 126—136 auch für ihn massgebend. Insoweit steht aber auch nicht die Geltendmachung eines Absonderungsrechtes in Frage. In der Reichstagskommission gab Hagens folgende allgemeine Erläuterung über das zu erwartende Verfahren: „Nach der Konkursordnung solle sogleich bei der Konkurseröffnung eine Anmeldefrist und weiter ein Prüfungstermin festgesetzt werden. In diesem Termine würden alle bis zum Ablaufe der Anmeldefrist angemeldeten und, sofern dagegen nichts eingewendet werde, auch die nachträglich angemeldeten Forderungen geprüft. Werde die Forderung anerkannt, so gelte sie als festgestellt. Werde sie vom Konkursverwalter oder von einem Konkursgläubiger bestritten und werde der erhobene Widerspruch nicht durch Erörterungen oder Erhebungen beseitigt, so gelte sie als streitig. Dann werde noch im Termine über das Stimmrecht der Forderung verhandelt. (§ 87 Abs. 1.) Im übrigen bleibe alles weitere den Beteiligten überlassen. In der Regel sei es Sache des Gläubigers, den Widerspruch zu beseitigen und die Feststellung der Forderung zu erwirken, entweder durch Aufnahme des durch die Konkurseröffnung unterbrochenen Prozesses oder durch Erhebung einer Feststellungsklage. Diese Prozesse hätten aber mit dem Konkursverfahren nichts zu thun, seien nicht als Bestandteile desselben anzusehen. Von jeder stattfindenden Verteilung lasse die Konkursordnung die Gläubiger einige Zeit vorher benachrichtigen, um den Inhabern streitiger Forderungen Zeit zur Überlegung zu lassen, ob sie noch vor der Verteilung den Prozess aufnehmen bezw. anstellen wollen. Sei das eine oder andere geschehen, so werde ihre Dividende zurückbehalten. Andernfalls werden sie bei der betreffenden Verteilung nicht berücksichtigt." (K. S. 90.)

§ 126.

Die Frist zur Anmeldung der Konkursforderungen beträgt drei Wochen bis drei Monate. Der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem allgemeinen Prüfungstermine soll mindestens eine Woche und höchstens zwei Monate betragen.

§ 127.

Die Anmeldung hat die Angabe des Betrages und des Grundes der Forderung sowie des beanspruchten Vorrechtes zu enthalten. Sie kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden. Die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift derselben sind beizufügen.

[1]) Vgl. Meves S. 144; v. Völderndorff Bd. II. S. 352; v. Wilmowski S. 350; O.-L.-G. Jena 22. Febr. 1886, Bl. für Rechtspfl. in Th. Bd. 33 S. 337, 338.

§ 128.

Die Anmeldungen sind in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

Der Gerichtsschreiber hat jede Forderung sofort nach der Anmeldung derselben in der Rangordnung des beanspruchten Vorrechtes in eine Tabelle einzutragen, welche innerhalb des ersten Dritteils des zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine liegenden Zeitraumes auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und abschriftlich dem Verwalter mitzuteilen ist.

(E. §§ 126—128; M. S. 358—361; K. S. 90, 91, 171, 172; pr. K.-O. §§ 164—170.)

I. Anmeldefrist. (§ 126.)

1) Die Konkursordnung kennt keine Anmeldetermine, sondern nur eine Anmeldefrist und einen allgemeinen Prüfungstermin, welche sofort bei der Konkurseröffnung zu bestimmen sind. (§ 102.) Nach dem Entwurfe sollte die Anmeldefrist einen bis drei Monate betragen und der Prüfungstermin nicht über zwei Monate hinaus nach dem Ablaufe derselben anberaumt werden. Von der Reichstagskommission wurde aber die Fassung geändert, um die in § 102 vorgesehene Verbindung des Prüfungstermines mit dem Wahltermine zu erleichtern. (K. S. 171, 172.) Von einer längern Anmeldefrist oder der Anberaumung einer zweiten Frist dieser Art, welche häufig zu Verzögerungen der Anmeldung missbraucht werde, wurde abgesehen, weil die festgesetzte Frist für die weitaus überwiegende Mehrzahl aller Gläubiger genüge, für die in Ostasien oder Australien u. s. w. wohnenden aber ohne schwere Benachteiligung der Gesamtheit nicht gesorgt werden könne, dieselben vielmehr im voraus für eine Vertretung in Deutschland sorgen müssten. Dass eine Benachteiligung solcher Gläubiger nicht leicht erfolgen könne, wurde in den Motiven unter Verweisung auf die Fristen für den Abschluss eines Zwangsvergleiches und für die Vornahme einer Verteilung, welche thatsächlich eine Verlängerung der Anmeldefrist enthielten, hervorgehoben. (M. S. 358, 359.) Die Anmeldefrist ist gemäss der Vorschrift der §§ 102 und 103 öffentlich bekannt zu machen. Die Frist läuft von dem Tage an, an welchem die Bekanntmachung als bewirkt gilt. Es kommt also bezüglich der Berechnung des Anfangspunktes der Frist die Vorschrift des § 68 Abs. 1 zur Anwendung,[1]) während der Endpunkt, wenn der Richter die Frist in Monaten oder Wochen angegeben hat, nach § 200 der C.-P.-O. zu berechnen ist. Um Zweifel auszuschliessen, wird es sich empfehlen, dass der Richter einen bestimmten Kalendertag, welcher innerhalb des Zeitraumes von 3 Wochen bis zu 3 Monaten liegt, als Endpunkt der Frist bezeichnet.[2]) Sollte der Zeitraum zwischen dem Ablaufe der Anmeldefrist und dem Prüfungstermine der Vorschrift des Gesetzes nicht entsprechen, so würde diese Ordnungswidrigkeit übrigens die Gültigkeit des Verfahrens nicht beeinträchtigen („soll“).[3])

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 516; Fitting S. 303 § 38 Anm. 2; v. Sarwey S. 663 Nr. 2; Stieglitz S. 517; Wengler S. 534 Nr. 4; Willenbücher S. 175 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 530 Nr. 3. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 353, der die Anwendung des § 68 ausschliesst und das Datum der nach § 102 erfolgenden Festsetzung für massgebend hält.

[2]) Vgl. Endemann, Fitting, v. Sarwey, Stieglitz a. a. O.; v. Wilmowski, S. 350 Nr. 2.

[3]) Vgl. Fitting S. 303 § 38 Anm. 3; Hullmann S. 269; v. Sarwey S. 664; Stieglitz S. 517; v. Völderndorff Bd. II. S. 356; Willenbücher S. 174 Nr. 2; v. Wilmowski S. 350 Nr. 3; R.-G. (III.)

Ist die Annahme begründet, dass bei ordnungsmässiger Anberaumung der Frist die Anmeldung vor dem Prüfungstermine eingegangen wäre und über die Forderung in demselben hätte verhandelt werden können, so wird es übrigens ungeachtet des § 130 Abs. 1 nicht gerechtfertigt sein, dass dem Gläubiger die Kosten des besondern Prüfungstermines auferlegt werden.[1]) Den Beteiligten steht, wenn die in § 126 vorgesehenen Grenzen nicht eingehalten werden, das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Dieselbe kann den Beteiligten auch, soweit es sich um die im Satz 2 des § vorgesehene Frist handelt, nicht aus dem Grunde versagt werden, weil eine Rechtsverletzung nicht vorliege. Der Richter hat immerhin einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt und die Beteiligten können verlangen, dass derselben Folge gegeben werde. Der Umstand, dass die Zuwiderhandlung nicht die Ungültigkeit des Verfahrens zur Folge hat, sondern es sich um eine blosse Ordnungsvorschrift handelt, schliesst das Beschwerderecht nicht aus. Auch die Beseitigung von Ordnungswidrigkeiten kann auf dem Wege der Beschwerde erstrebt werden. Nur dann würde die Beschwerde ausgeschlossen sein, wenn die Festsetzung der Frist in das Ermessen des Gerichtes gestellt wäre und eine Entscheidung von diesem gar nicht beansprucht werden dürfte.[2]) Als Beteiligte sind unter allen Umständen die Konkursgläubiger anzusehen. Dem Gemeinschuldner wird das Recht der Beschwerde dann zustehen, wenn die Frist von 3 Monaten überschritten worden ist oder der in Satz 2 des § gegebenen Vorschrift zuwidergehandelt wurde. Im ersten Falle ist in der Hinausschiebung des Termines eine Verschleppung des Verfahrens enthalten, welche den Gemeinschuldner benachteiligt.[3]) Im zweiten Falle liegt bei Überschreitung der zwei Monate gleichfalls eine Verschleppung des Verfahrens vor, während durch die Abkürzung der Frist von einer Woche der zur Vorbereitung auf den Prüfungstermin bestimmte Zeitraum verkürzt wird. Auch dem Konkursverwalter wird in den zuletzt erwähnten Fällen ein Beschwerderecht zustehen, weil er ebenso wie der Gemeinschuldner ein Interesse daran hat, dass das Verfahren nicht verschleppt und ihm die zur Vorbereitung auf den Termin erforderliche Zeit nicht geschmälert werde.

2) Die Anmeldefrist hat nicht die Bedeutung, dass nach Ablauf derselben weitere Forderungen nicht mehr angemeldet werden dürfen. Auch schreibt das Gesetz nicht vor, dass über die nachträglich angemeldeten Forderungen in keinem Falle im allgemeinen Prüfungstermine verhandelt werden darf. In beiden Richtungen ergiebt sich das Gegenteil aus § 130. Die Bedeutung der Frist besteht vielmehr darin, dass die rechtzeitig angemeldeten Forderungen im allgemeinen Prüfungstermine geprüft werden müssen. (§ 129 Abs. 1.) Die Anmeldung kann übrigens auch vor dem Beginne der Frist, z. B. am Tage der Bekanntmachung, in rechtswirksamer Weise erfolgen, denn diese Frist soll den Gläubigern nicht verwehren, ihre Forderung sofort anzumelden, sondern nur bestimmen, wann die Anmeldung zu erfolgen hat, damit sie nicht als verspätet anzusehen ist und einen Anspruch auf Prüfung der Forderung im ersten Termine begründet. Die Sache liegt ähnlich wie in Ansehung der Fristen für die Einlegung des Einspruches und der sofortigen Beschwerde (§§ 304 und 540 der C.-P.-O.)[4]) Eine vor der Konkurseröffnung erfolgende Anmeldung ist dagegen als unwirksam anzusehen, denn die Anmeldung einer Forderung enthält die Geltendmachung derselben im Konkursverfahren und dieses besteht vor

23. Sept. 1881, Entsch. Bd. V. S. 364 ff. bes. S. 366; Ldg. Chemnitz 11. März 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. VII. S. 417.

[1]) Vgl. Ldg. Chemnitz a. a. O.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 352, 356. A. M. sind: Endemann, Konkursverf. S. 517, der jede Anfechtung ausschliesst, sowie Willenbücher S. 174 Nr. 1a und v. Wilmowski, S. 350 Nro. 2, welche anscheinend die Beschwerde dann nicht zulassen wollen, wenn lediglich der Vorschrift in Satz 2 des § zuwidergehandelt worden ist.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 352.

[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 518; v. Sarwey S. 665; Stieglitz S. 517 a. E.; Wengler S. 534 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 354; Willenbücher S. 147 Nr. 1 b; v. Wilmowski S. 350 Nr. 2.

der Konkurseröffnung nicht. Wenn ein Gläubiger, welcher die Konkurseröffnung beantragt, in diesem Antrage zugleich seine Forderung bezeichnet, kann diese Bezeichnung sonach nicht als wirksame Anmeldung derselben gelten.[1]) Die Anmeldefrist ist keine Notfrist; gegen Versäumung derselben findet daher Wiedereinsetzung nicht statt.[2])

II. Form, Inhalt, Wirkung und Zurücknahme der Anmeldung. (§ 127.)

1) Die Anmeldung ist an eine bestimmte Form nicht gebunden. Sie kann in Gemässheit der für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften (§ 457 C.-P.-O.) schriftlich (ohne Anwaltszwang) oder durch Erklärung zum Protokoll des Gerichtschreibers geschehen. Als bewirkt gilt dieselbe erst mit dem Augenblicke ihrer Niederlegung oder Feststellung bei Gericht. Die Einreichung an den Verwalter genügt nicht. (M. S. 359.) Auch eine telegraphische Anmeldung ist als zulässig anzusehen, da das Telegramm als eine Urkunde zu behandeln ist, welche der Aufgeber selbst unter Benutzung des Telegraphen als seines Werkzeuges geschrieben und unterschrieben hat.[3]) Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, dass die Urschrift des Telegramms die Unterschrift des anmeldenden Gläubigers enthält oder doch erkennen lässt, dass sie von demselben ausgeht und von ihm oder in seinem Auftrage von einem Dritten aufgegeben worden ist.[4]) Die Frage, ob auch die Mitteilung von Abschriften urkundlicher Belege auf telegraphischem Wege erfolgen kann, hat keine praktische Bedeutung, da die Unterlassung derselben die Wirksamkeit der Anmeldung nicht beeinträchtigt. (Bem. II. 2 S. 431.) Da die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Gerichtssprache auch auf das Konkursverfahren unmittelbare Anwendung finden (Bem. 4 zu § 65 S. 311), muss die Anmeldung in deutscher Sprache erfolgen. (§ 186 G.-V.-G.) Diese Vorschriften sind für das Gericht bindend. Es ist sonach nicht in das Belieben des Richters gestellt, ob er eine schriftliche Anmeldung in fremder Sprache berücksichtigen will. Derselbe muss vielmehr verlangen, dass die Anmeldung in deutscher Sprache erfolge. Jedenfalls braucht eine schriftliche Anmeldung in fremder Sprache nicht berücksichtigt zu werden.[5]) Erfolgt die Anmeldung mündlich zum Protokoll des Gerichtsschreibers, so kommt § 187 G.-V.-G. zur Anwendung.

2) Wesentlich für den Inhalt der Anmeldung sind nach § 127 nur die Angabe des Betrages und Schuldgrundes der Forderung, sowie diejenige des beanspruchten Vorrechtes. Im übrigen finden die Vorschriften des § 121 der Civilprozessordnung, besonders die Z. 1, 3 und 5 entsprechende Anwendung. Wenn auch der Prüfungstermin selbst nicht als Termin zur mündlichen Prozessverhandlung anzusehen ist, so hat doch die Anmeldung die Natur eines vorbereitenden Schriftsatzes. (M. S. 360, 361). Die Angabe des Schuldgrundes ist notwendig zur Feststellung der Identität der Forderung und wegen der Unzulässigkeit einer Veränderung des Rechtsgrundes bei der prozessualischen Verfolgung eines bestrittenen An-

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 517; Fitting S. 303 § 38 Anm. 2; v. Sarwey, Stieglitz, v. Völderndorff, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O.; v. Völderndorff Bd. II. S. 355 Anm. 18; Willenbücher S. 174 Nr. 3; v. Wilmowski a. a. O.

[3]) Vgl. Fitting S. 304 § 38 Anm. 5; Stieglitz S. 518 Anm. a; v. Völderndorff Bd. II. S. 360; Wengler S. 534 Nr. 1; Willenbücher S. 175; v. Wilmowski S. 354 Nr. 5. In diesem Sinne hat auch das R.-G. in Ansehung der Urkundenfälschung, der Revisionseinlegung in Strafsachen und der Stellung des Strafantrages entschieden. Vgl. Urt. der verein. Strafs. vom 6. März 1883, Entsch. in Strafs. Bd. VIII. S. 92, III. Strafs. 2. Juli 1883 und 25. Febr. 1884, Entsch. Bd. IX. S. 38, Bd. X. S. 166; ferner I. Strafs. 16. Okt. 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 624. A. M. ist Meisner S. 299 Anm. 1. Bezüglich der frühern Urteile des R.-G. in diesem Sinne vgl. Entsch. in Strafs. Bd. I. S. 262, Bd. IV. S. 59, Rechtspr. Bd. I. S. 266 und 353, Bd. III. S. 201.

[4]) Vgl. R.-G. IV. Strafs. 21. Febr. 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 176.

[5]) Vgl. v. Wilmowski S. 354 Nr. 5. A. M. Fitting S. 304 § 38 Anm. 5; v. Völderndorff Bd. II. S. 360; Willenbücher S. 175 Nr. 1.

spruches (§ 134 Abs. 4). Dieselbe ist ferner für die Frage der Unterbrechung der Verjährung von Bedeutung. Bei Angabe des Betrages sind die Vorschriften des ersten Buches zu beachten, nach welchen jede Konkursforderung nur in einer bestimmten Geldsumme und zwar nach der Reichswährung geltend gemacht werden kann. (§ 62.) Es empfiehlt sich, dass die mit dem Kapital gleichberechtigten Nebenforderungen an Zinsen und Kosten (§ 55) sofort von dem Anmeldenden berechnet und dem Kapital zugesetzt werden. Auch ein Vorrecht ist von dem Gläubiger ausdrücklich anzumelden. Von Amts wegen wird ein solches nicht berücksichtigt. (M. S. 359, 360, Bem. I. 1 zu § 54 S. 271.) Wird ein Vorrecht nach der Forderung, aber innerhalb der Anmeldungsfrist angemeldet, so muss dasselbe natürlich im allgemeinen Prüfungstermine berücksichtigt werden. Aber auch eine spätere Anmeldung genügt zur Wahrung des Vorrechtes, sofern dieselbe noch vor Feststellung der Forderung erfolgt, also nicht § 135 zur Anwendung kommt. (Vgl. Bem. I. 4 zu §§ 129 ff.) Die verspätete Anmeldung des Vorrechtes kann übrigens in diesem Falle, sofern dieselbe zugleich eine Änderung des Schuldgrundes bedingt oder dadurch aus einem andern Grunde die Feststellung der Forderung im allgemeinen Prüfungstermine unmöglich gemacht wird, die Folge haben, dass dem Gläubiger die Kosten des besondern Prüfungstermines auferlegt werden. (§ 130 Abs. 1.) Wird der Schuldgrund geändert, so dass nun nicht mehr dieselbe, sondern eine andere Forderung in Frage steht, so ist die Änderung als eine neue Anmeldung zu behandeln. Dagegen werden Änderungen, welche sich lediglich auf den Betrag der Hauptforderung oder einer Nebenforderung beziehen, in entsprechender Anwendung des § 240 Z. 2 der Civilprozessordnung nicht als neue Anmeldungen anzusehen sein. In diesem Falle wird auch bezüglich der Möglichkeit, sich hinsichtlich der Forderung zu erkundigen, in der Regel nichts geändert und eine neue Erkundigung nicht notwendig werden. Die Erhöhung kann zu einer Bestreitung Veranlassung geben. Aber die Sache liegt nicht so, als ob eine ganz neue Anmeldung erfolgt wäre.[1]) Die Anmeldung „soll" nach der entsprechend anzuwendenden Vorschrift des § 121 Z. 6 der Civilprozessordnung auch die Unterschrift des Anmeldenden enthalten; diese ist jedoch nicht als ein wesentliches, unentbehrliches Erfordernis anzusehen. Es kann deshalb die schriftliche Anmeldung von einer andern Person unterzeichnet werden und ist wirksam, wenn deren Unterschrift später genehmigt wird. Hiernach kann eine Person, auch wenn sie nicht schreiben kann, ihre Forderung zum Protokolle des Gerichtsschreibers anmelden.[2])

Enthält eine Anmeldung wesentliche Mängel, so ist derselben die im Gesetze vorgeschriebene Folge nicht zu geben, d. h. sie ist in die im § 128 vorgesehene Tabelle nicht einzutragen. Die Verjährung wird durch eine solche in Ansehung der Forderung unvollständige Anmeldung, welche als nicht vorhanden anzusehen ist, nicht unterbrochen. (§ 13 K.-O.)[3]) Ist der Grund oder der Betrag der Forderungen nicht angegeben, so ist die Anmeldung überhaupt nicht zu berücksichtigen, insbesondere nicht in die Tabelle einzutragen. Fehlt der Grund des Vorrechtes, so ist dieses als nicht angemeldet anzusehen. Nach der Instruktion zur preussischen Konkursordnung vom 8. August 1855 hatte der Kommissar dem Verwalter eine Abschrift der Anmeldung mitzuteilen und, wenn dieselbe materielle Mängel hatte, zugleich dem anmeldenden Gläubiger mitzuteilen, in welchen Punkten eine Ergänzung geboten sei. Eine solche Mitteilung ist zwar auch nach der Konkursordnung zulässig und

[1]) Vgl. Hullmann S. 273. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 525; Fuchs S. 123 Nr. V.; Meisner S. 301 a. E.; Stieglitz S. 519; Wengler S. 543; Willenbücher S. 175; v. Wilmowski S. 353 Nr. 2 und 354 Nr. 4 (vgl. dag. S. 559 Nr. 2).

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 518; Willenbücher S. 175 Nr. 1; v. Wilmowski S. 354 Nr. 5.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 359; v. Wilmowski S. 353 Nr. 2. A. M. v. Sarwey S. 665 und 667 a. E.; Stieglitz S. 519, 520, welche annehmen, dass eine Unvollständigkeit der Anmeldung lediglich die Bestreitung der Forderung rechtfertige.

erscheint als angemessen. Eine Verpflichtung hierzu besteht jedoch nicht.[1]) Auch eine besondere Mitteilung der Anmeldungen an den Verwalter ist nicht vorgeschrieben. Demselben wird vielmehr nur die Tabelle mitgeteilt. (§ 128 Abs. 2.) Dass die urkundlichen Beweisstücke der Anmeldung in Urschrift oder Abschrift beigefügt werden, ist zwar in § 127 vorgeschrieben. Aber die Beobachtung dieser Vorschrift ist nicht ein wesentliches Erfordernis für die Wirksamkeit der Anmeldung. Vielmehr können die Beweisstücke noch im Prüfungstermine vorgelegt werden, in welchem ohnedies die Urschrift vorgelegt werden muss, wenn die Forderung bestritten wird. Mit Rücksicht darauf ist auch die Anwendung des § 122 Abs. 2 und 3 der Civilprozessordnung gerechtfertigt.[2]) Auch die Beibringung der Vollmacht kann noch im Prüfungstermine nachgeholt werden.[3]) Dort ist jedoch deren Mangel von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 84 Abs. 2 der C.-P.-O.) Hat ein Dritter für einen Gläubiger ohne Vollmacht eine Forderung angemeldet, so ist der Gläubiger an diese Anmeldung natürlich nicht gebunden. Insbesondere gilt dies, wenn ein französischer Fallimentssyndik in einem nach § 207 eröffneten Konkursverfahren die Forderungen sämtlicher an dem französischen Verfahren beteiligten Gläubiger ohne besondern Auftrag anmeldet. Nur kann der Gläubiger, welcher seine Forderung selbständig angemeldet hat, natürlich nicht auf Grund der von dem ausländischen Syndik vorgenommenen Anmeldung Anweisung begehren.[4])

Die preussische Konkursordnung bestimmte in § 179, dass jeder Gläubiger, welcher nicht im Bezirke des Konkursgerichtes wohne, bei der Anmeldung einen am Gerichtssitze wohnenden Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen habe. Eine solche Vorschrift enthält die Konkursordnung nicht. Auch werden die §§ 160, 161 C.-P.-O. hier nicht ohne weiteres zur Anwendung zu bringen sein. Soweit es sich um persönliche Zustellungen ohne gleichzeitige öffentliche Bekanntmachung handelt, wird jedoch der Gläubiger unter den Voraussetzungen jener §§ zur Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet und, wenn diese unterlassen wird, die Zustellung durch Aufgabe zur Post gerechtfertigt sein.[5])

3) Durch die Anmeldung wird die Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner (nicht gegenüber den Gläubigern) geltend gemacht. Daraus ergeben sich die Wirkungen derselben. Diese bestehen:

a. in der Unterbrechung der Verjährung (§ 13 K.-O. und § 3 Abs. 3 und 4 E.-G.), welche, da § 13 eine Unterscheidung nicht enthält, mit jeder dem § 127 entsprechenden, während des Konkursverfahrens erfolgenden, Anmeldung verbunden ist, gleichviel ob die Anmeldung innerhalb der Frist bezw. vor derselben oder nach deren Ablauf erfolgt;[6])

b. in dem Anspruche auf Erörterung und Prüfung der Forderung im allgemeinen oder in einem besondern Prüfungstermine (§ 130, Bem. I. 1 und 4 zu §§ 129 ff.);

c. in dem Rechte auf Teilnahme an den Gläubigerversammlungen und auf die Eigenschaft als Beteiligter in Ansehung des Beschwerderechtes (Bem. III. 4 zu § 66 S. 315);

d. in der Ausschliessung des Rechtes, zum Zwecke der sofortigen Befriedigung die

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 665; v. Völderndorff Bd. II. S. 360; Willenbücher S. 175; v. Wilmowski S. 354 Nr. 4.

[2]) Vgl. Fitting S. 304 § 38 Anm. 7; v. Völderndorff Bd. II. S. 361, 362; Wengler S. 536. Diese Schriftsteller sind zwar anderer Meinung in Ansehung des § 122 Abs. 3. Wenn aber die Urkunde gar nicht vorgelegt zu werden braucht, muss auch das Anerbieten, Einsicht zu gewähren, genügen.

[3]) Vgl. Fitting S. 304 § 38 Anm. 5; Willenbücher S. 175.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Colmar 13. Mai 1887 und R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIII. S. 55 und jur. Wochenschr. 1887 S. 475.

[5]) Vgl. Fitting S. 304 § 38 Anm. 7; Hullmann S. 270; Wengler S. 534 Nr. 2; v. Wilmowski S. 354 Nr. 4.

[6]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 352 lit. c. Nr. II.

Forderung — abgesehen von dem in § 132 Abs. 2 vorgesehenen Falle — im Wege des ordentlichen Prozesses geltend zu machen. (Bem. III. zu §§ 8 ff., S. 50 Anm. 1.)[1])

Die Anmeldung, durch welche das Konkursgericht nicht zur Entscheidung über die Forderung berufen wird, begründet dagegen in Ansehung derselben nicht Rechtshängigkeit im Sinne des § 235 der C.-P.-O. (Bem. 1 zu § 13 S. 55 Anm. 1.)[2]) Da die Anmeldung nur die Erklärung enthält, dass der Anmeldende aus der Konkursmasse befriedigt sein wolle, ist in derselben an sich weder die Geltendmachung eines Absonderungsrechtes, noch ein Verzicht auf ein solches zu finden. (Bem. II. 4 zu § 3 und Bem. 1 zu § 57 S. 26 und 288). Ebensowenig hat dieselbe Bedeutung für die gemäss § 14 eintretende Gemeinschaftsteilung.[3])

4) Die Zurücknahme der Anmeldung ist weder an eine Frist noch an die Zustimmung des Gemeinschuldners gebunden. Dieselbe enthält zwar keinen Verzicht auf die Forderung selbst, aber einen Verzicht auf die durch die Anmeldung bezw. durch die Feststellung der Forderung erworbenen Rechte, muss daher auch, wenn sie vor der Feststellung erfolgt, den Anforderungen entsprechen, welche das bürgerliche Recht in Ansehung des Verzichtes aufstellt.[4])

III. Niederlegung der Anmeldungen. — Eintragung in die Tabelle. (§ 128.)

1) Die in Absatz 2 des § vorgesehene Tabelle ist, wie in den Motiven (S. 360) hervorgehoben wurde, bestimmt, „als urkundliche Basis für das ganze weitere Verfahren zu dienen und namentlich auch einen besondern Teilungsplan überflüssig zu machen“; es muss also bei Anfertigung derselben mit grösster Sorgfalt verfahren werden. Die Konkursordnung schreibt ein Formular nicht vor; dasselbe ergiebt sich aber von selbst aus den verschiedenartigen Zwecken der Tabelle. Im Anschlusse an das bewährte Formular der preussischen Instruktion vom 6. August 1855 sind in dem neuen in Preussen massgebenden Formular, das teilweise von dem frühern abweicht (vgl. Vierhaus, Formularbuch S. 100) folgende Rubriken aufgestellt worden: 1. beanspruchtes Vorrecht; 2. laufende Nummer; 3. Name, Stand oder Gewerbe und Wohnort des Gläubigers; 4. Bezeichnung des Vertreters mit Hinweis auf die Vollmacht; 5. Tag der Anmeldung; 6. angemeldeter Betrag; 7. Grund der Forderung und urkundliche Beweisstücke; 8. Ergebnis der Prüfungsverhandlung; 9. Berichtigung; 10. Bemerkungen. In die letzte Rubrik gehört alles, was in keiner der andern Rubriken einen geeigneten Platz findet, so namentlich, ob wegen einer Forderung zugleich ein, nicht als Vorrecht zu behandelndes, Absonderungsrecht beansprucht oder dieselbe als bedingt angemeldet wird u. s. w. Auch sind in derselben, soweit nicht die Z. 8 hiezu bestimmt ist, die von dem Gemeinschuldner abgegebenen Erklärungen (§ 129), die Festsetzungen über das Stimmrecht streitig gebliebener Forderungen (§ 87) und die Umstände, welche eine Zurückhaltung der Anteile bedingen, zu vermerken. (Vgl. auch Bem. II. 3 zu §§ 129 ff.) In die letzte Rubrik gehören auch Änderungen und Berichtigungen, welche nicht als neue Anmeldungen erscheinen, sofern für dieselben nicht eine besondere Spalte der Tabelle bestimmt ist. Ferner sind hier einzutragen: die Bemerkungen über die Zurücknahme der Anmeldung, der Vermerk über bleibendes Stimmrecht (§ 87 Abs. 1) und die Angabe des mutmasslichen Ausfalles bezüglich der absonderungsberechtigten Forderungen.

Für jede selbständige Forderung muss mit Rücksicht auf § 129 Abs. 1 („einzeln erörtert“) ein besonderer Eintrag auch dann gemacht werden, wenn ein Gläubiger mehrere

[1]) Vgl. noch R.-G. (I.) 12. Mai 1886, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1122 ff., jur. Wochenschr. 1886 S. 229.

[2]) Vgl. hiezu noch Endemann, Konkursverf. S. 521.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 1. Juli 1882, Juristenzeit. Bd. VII. S. 387.

[4]) Vgl. Meisner S. 299; v. Wilmowski S. 360 Nr. 2.

Forderungen in einer Anmeldung vereinigt hat. Einzutragen sind alle nach der Konkurseröffnung erfolgenden Anmeldungen (Bem. I. 2), welche hinsichtlich der Form und des wesentlichen Inhaltes den gesetzlichen Anforderungen entsprechen,[1]) gleichviel ob die Anmeldung innerhalb der Frist oder nach Ablauf derselben, ja nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines erfolgt ist. Der Gerichtsschreiber hat nur die Eintragungsfähigkeit, nicht die Anmeldefähigkeit zu prüfen, muss also auch solche Forderungen eintragen, welche nach den §§ 2 und 56 nicht im Konkursverfahren geltend gemacht werden können.[2]) Da die Tabelle während der ganzen Anmeldefrist zur Einsichtnahme offen liegen muss, hat die Eintragung sofort d. h. möglichst bald zu geschehen.

2) Die Offenlegung sämtlicher Anmeldungen und nach Ablauf der Anmeldefrist auch der Tabelle soll es allen Beteiligten, d. h. dem Gemeinschuldner (vgl. unten Text zu Anm. 3), dem Verwalter und den Konkursgläubigern — auch wenn sie zugleich Absonderungsberechtigte sind — ermöglichen, die Richtigkeit der Eintragungen zu prüfen und sich bezüglich jeder Anmeldung auf den Prüfungstermin vorzubereiten. Die Absonderungsberechtigten, welche nicht Konkursgläubiger sind, und die Aussonderungsberechtigten sind in dieser Beziehung nicht als Beteiligte anzusehen. Mit Rücksicht auf den angegebenen Zweck schreibt die Konkursordnung die abschriftliche Mitteilung der Tabelle an den Verwalter und für die Mitteilung und Offenlegung eine Frist vor, deren Nichtbeachtung dem Verwalter und den Konkursgläubigern das Recht geben würde, auf Kosten des säumigen Gerichtsschreibers die Vertagung des Prüfungstermines zu verlangen. Eine Vorschrift, nach welcher dem Verwalter auch die Anmeldungen abschriftlich mitgeteilt werden müssten und dieser verpflichtet wäre, über die Anmeldungen vor dem Prüfungstermine eine schriftliche Erklärung abzugeben (pr. K.-O. § 170), wurde in den Motiven (S. 360, 361) für überflüssig erklärt. In der Reichstagskommission (K. S. 90, 91) wurden zwar Bedenken dagegen erhoben, dass dem Verwalter nicht einmal eine Abschrift der Anmeldungen zugehen solle. Die Vorschriften des Entwurfes wurden jedoch unverändert angenommen, nachdem Hagens dieselben ausführlich gerechtfertigt hatte. Zu den Beteiligten, welche zur Einsichtnahme der Anmeldungen berechtigt sind, ist, wie bereits erwähnt, auch der Gemeinschuldner zu rechnen, der sich nach § 129 Abs. 2 über die Forderungen zu erklären hat, also gleichfalls auf den Prüfungstermin vorbereiten muss. Auch ihm muss hienach das Recht zustehen, eine Vertagung zu verlangen, wenn die Anmeldungen nicht rechtzeitig niedergelegt wurden.[3]) Dass der Widerspruch des Gemeinschuldners die Feststellung nicht hindert, kann nicht entscheiden. Da die Forderungen aus seinem Vermögen befriedigt werden sollen und er gehört werden muss, ist er als Beteiligter anzusehen und muss deshalb ebenso wie der Verwalter und die Konkursgläubiger die Möglichkeit haben, sich aus der Tabelle zu unterrichten.

Die Überbürdung der Kosten auf den Gerichtsschreiber kann nicht gemäss § 97 der C.-P.-O. erfolgen. (Bem. 2 zu § 65 S. 308.) Hat derselbe durch seine Nachlässigkeit die Kosten des Verfahrens vermehrt, so kann der Verwalter unter Umständen von ihm auf dem Wege der Klage Ersatz verlangen. Die Voraussetzungen zur Anwendung des § 97 C.-P.-O. sind aber nicht gegeben, da im Konkursverfahren von einer Verurteilung zur Tragung von „Prozesskosten" nicht die Rede sein kann.[4])

§ 129.

In dem Prüfungstermine werden die angemeldeten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach einzeln erörtert.

[1]) Vgl. Stieglitz S. 520, 521; Willenbücher S. 175 Nr. 4.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 365.

[3]) Vgl. Fitting S. 305 § 38 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. II. S. 368, 369; Willenbücher S. 175 Nr. 2; v. Wilmowski S. 355 Nr. 1 und 3. A. M. Meisner S. 301; v. Sarwey S. 668 Nr. 5; Stieglitz S. 522; Wengler S. 538.

[4]) A. M. Fitting S. 306 § 38 Anm. 10 und Stieglitz S. 522.

Der Gemeinschuldner hat sich über die Forderungen zu erklären.

§ 130.

In dem Prüfungstermine sind auch diejenigen Forderungen, welche nach dem Ablaufe der Anmeldefrist angemeldet sind, zu prüfen, wenn weder der Verwalter, noch ein Konkursgläubiger hiergegen Widerspruch erhebt; andernfalls ist auf Kosten des Säumigen ein besonderer Prüfungstermin zu bestimmen.

Auf nachträglich beanspruchte Vorrechte und sonstige Änderungen der Anmeldung findet die vorstehende Bestimmung entsprechende Anwendung.

Gläubiger, welche Forderungen nach dem Prüfungstermine anmelden, tragen die Kosten des besondern Prüfungstermines.

§ 131.

Die Prüfung einer angemeldeten Forderung findet statt, wenngleich der anmeldende Gläubiger im Prüfungstermine ausbleibt.

§ 132.

Eine Forderung gilt als festgestellt, soweit gegen sie im Prüfungstermine ein Widerspruch weder von dem Verwalter noch von einem Konkursgläubiger erhoben wird, oder soweit ein erhobener Widerspruch beseitigt ist.

Ist die Forderung vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine bestritten, so kann ein Rechtsstreit, welcher über dieselbe zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens anhängig war, gegen den Gemeinschuldner aufgenommen werden.

§ 133.

Das Gericht hat nach der Erörterung einer jeden Forderung das Ergebnis in die Tabelle einzutragen. Auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden ist von dem Gerichtsschreiber die Feststellung zu vermerken.

Die Eintragung in die Tabelle gilt rücksichtlich der festgestellten Forderungen ihrem Betrage und ihrem Vorrechte nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber allen Konkursgläubigern.

(E. §§ 129—133; M. S. 361—364; K. S. 91, 92, 98—100; pr. K.-O. §§ 171—180.)

I. Verfahren im Prüfungstermine. (§§ 129—131.)

1. Gegenstand, Gang und Form der Erörterung.

Im Prüfungstermine sind die seit der Konkurseröffnung (Bem. I. 2 zu §§ 126 ff. S. 428) angemeldeten Forderungen unter den Beteiligten (Bem. I. 2 S. 437) zu erörtern, und ist festzustellen, welche Forderungen anerkannt und welche bestritten werden. Da das Gesetz die Erörterung der „angemeldeten“, nicht diejenige der eingetragenen Forderungen vorgeschrieben hat, kann es nicht darauf ankommen, ob die angemeldete Forderung vom Gerichtsschreiber auch in die Tabelle eingetragen wurde. Der Richter darf sich deshalb nicht darauf beschränken, die Tabelle anzusehen, sondern muss sich an die Anmeldungen halten und diese, soweit sie der Vorschrift des § 127 entsprechen (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff. S. 429 ff.), zur Erörterung bringen. Ob die Forderung im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann oder ob die §§ 2 und 56 zur Anwendung kommen, ist nicht vom Gerichtsschreiber, sondern erst im Prüfungstermine zu entscheiden. (Bem. III. 1 zu §§ 126 ff. S. 433). Wird eine rechtzeitig angemeldete Forderung, welche der Gerichtsschreiber nicht in die Tabelle eingetragen hatte, festgestellt, so hat der Richter zu veranlassen, dass dieselbe noch nachträglich eingetragen wird, weil dem Gläubiger sonst die Feststellung nichts nützt, insbesondere § 132 die Eintragung in die Tabelle voraussetzt (§ 133) und der Gläubiger nur, wenn diese erfolgt ist, bei den Verteilungen berücksichtigt werden kann.[1]) Wenn die Anmeldung nicht rechtzeitig erfolgt ist (Bem. I. 2 zu §§ 126 ff. S. 428), so hat der Gläubiger zwar keinen Anspruch darauf, dass dieselbe im allgemeinen Prüfungstermine erörtert wird; die Erörterung muss jedoch erfolgen, wenn weder der Verwalter noch einer der erschienenen Konkursgläubiger hiegegen Widerspruch erhebt. Deshalb kann der Richter auch die nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldeten Forderungen, solange ein solcher Widerspruch nicht erfolgt ist, nicht von der Erörterung ausschliessen. Auf den Widerspruch des Gemeinschuldners kommt, da derselbe in § 129 nicht erwähnt wird, nichts an. Derselbe kann sonach nicht verlangen, dass die Erörterung vertagt werde, sondern muss, wenn er seine Rechte wahren will (§§ 132 Abs. 2 und 152 Abs. 2), die angemeldete Forderung bestreiten.[2]) Mit Zustimmung des Verwalters und der erschienenen Gläubiger können übrigens auch solche Forderungen erörtert werden, welche erst im Prüfungstermine selbst angemeldet worden sind, gleichviel ob die Anmeldung sofort oder erst im Laufe der Verhandlungen stattgefunden hat.[3]) Ebenso wie verspätete Anmeldungen sind diejenigen nachträglichen Abänderungen zu behandeln, welche als neue Anmeldungen anzusehen sind. (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff. S. 430.) Der Widerspruch kann in wirksamer Weise noch dann erhoben werden, wenn die Erörterung begonnen hat, und zwar auch von solchen Personen, welche sich an derselben beteiligt haben. Hat der Verwalter oder ein Gläubiger die Forderung ausdrücklich anerkannt, so wird derselbe aber nicht mehr berechtigt sein, diese Anerkennung zurückzuziehen und dadurch die Feststellung zu verhindern.[4]) Zum Gegenstand der Erörterung kann nicht bloss der Bestand der Forderung und deren Rang, sondern (bei bedingten Forderungen § 142 Abs. 2 und § 155 Z. 4) auch die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gemacht werden.[5]) Ebenso ist (nach § 87) die Stimmberechtigung derjenigen Gläubiger zu erörtern, deren Forderungen bestritten worden sind. Die Prüfung von Absonderungsansprüchen ist dagegen nicht Zweck des Termines. Der Verwalter, der

[1]) Vgl. R.-G. (IV.) 22. Okt. 1885, Seuffert, Arch. Bd. 41 S. 407 ff., jur. Wochenschr. 1885 S. 354, Bolze Bd. II. Nr. 1988.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 528. A. M. bezüglich der im Laufe der Verhandlungen angemeldeten Forderungen v. Völderndorff Bd. II. S. 376.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 527 Anm. d; v. Völderndorff Bd. II. S. 377; Wengler S. 542 Nr. 1.

[4]) A. M. anscheinend Stieglitz S. 528 lit. f.

[5]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 528; Fitting S. 311 § 38 Anm. 22 und 23; v. Sarwey S. 683; Stieglitz S. 535; v. Wilmowski S. 363.

allein darüber zu entscheiden hat, ob er solche Ansprüche anerkennen will, braucht sich darüber nicht im Prüfungstermine zu erklären. (Bem. III. zu § 3 S. 27.)

Ehe zur Prüfung geschritten wird, hat der Konkursrichter oder Verwalter, auch wenn eine Vereinigung des Wahltermines und des Prüfungstermines nicht stattgefunden hat, eine Übersicht über die verfügbare Aktivmasse sowie über die angemeldeten Forderungen zu geben, auch den Gesamtbetrag aller sowie die Höhe derjenigen Forderungen mitzuteilen, für welche ein Vorrecht oder Absonderungsrecht beansprucht wird. Eine solche Übersicht ist zwar nicht vorgeschrieben, aber zweckmässig, insbesondere wenn sich die Sachlage seit der ersten Gläubigerversammlung geändert hat. Hierauf sind die angemeldeten Forderungen „einzeln" zu erörtern, indem der Richter den wesentlichen Inhalt der Anmeldungen nach und nach mitteilt. Zunächst werden die Forderungen, für welche ein Vorrecht beansprucht wird und zwar in der Reihenfolge der Vorrechte, dann die übrigen Forderungen nach der Reihenfolge der Anmeldung zu erörtern sein. Ergeben sich bei Erörterung einer Forderung Schwierigkeiten, deren Beseitigung erwartet werden darf, so kann die Prüfung derselben ausgesetzt werden, bis die übrigen Forderungen erörtert sind. Bei jeder einzelnen Forderung ist zu fragen und festzustellen, ob Jemand und wer dieselbe bestreitet. Zu diesem Zwecke wird der Richter zuerst dem Verwalter das Wort erteilen und dann an die Konkursgläubiger sowie an den Gemeinschuldner die Frage richten, ob sie einen Einwand gegen die Forderung oder das Vorrecht erheben wollen. Falls ein Widerspruch erhoben wird, ist zunächst dem anmeldenden Gläubiger das Wort zu geben und, falls von einem Gläubiger Widerspruch erhoben wurde, sind der Verwalter, und der Gemeinschuldner zu hören. Hat lediglich der Gemeinschuldner die Forderung bestritten, so bedarf es einer weitern Erörterung nicht, weil dessen Widerspruch die Feststellung für das Konkursverfahren nicht hindert, sondern nur zu beurkunden ist.

Die Erörterung in dem Termine ist eine mündliche. Die Vorschriften der C.-P.-O. über die Notwendigkeit mündlichen Vorbringens von Parteianträgen und Behauptungen (§§ 128, 129, 269, 270 u. s. w.) kommen jedoch nicht zur Anwendung. (Bem. 2 zu § 65 S. 308.) Die zur Beurteilung dienenden Materialien, die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners, die zugänglichen Prozessakten u. s. w. sind möglichst bereit zu halten. Das Gericht kann und soll die gütliche Beilegung eines Streites versuchen; dasselbe kann auch nach § 67 alle zur Aufklärung erforderlichen Ermittelungen, welche sofort vornehmbar sind, anordnen. (M. S. 361.) Kann die Prüfung sämtlicher Forderungen nicht an einem Tage beendigt werden, so hat der Richter von Amts wegen einen neuen Termin zur Fortsetzung der Verhandlung anzuberaumen. (§ 65 K.-O. und § 127 Abs. 3 C.-P.-O.) Da solche aufeinander folgende Termine zusammen den allgemeinen Prüfungstermin bilden, muss es als zulässig angesehen werden, die Prüfung einer Forderung auszusetzen und deren Erörterung an einem spätern Termine vorzunehmen, bis zu welchem auch Ermittelungen eingezogen werden können. Dagegen entspricht es dem Zwecke des Prüfungsverfahrens nicht, dass lediglich zum Zwecke von Ermittelungen die Erörterung auf einen — ausserdem überflüssigen — Termin verschoben wird. Der Versuch, einen erhobenen Widerspruch, der ja jederzeit zurückgezogen werden kann, zu beseitigen, rechtfertigt die Vertagung nicht. Wird aber ein solcher nicht erhoben, so hat der Gläubiger ein Recht auf Feststellung.[1]) Jedoch kann das Gericht, ohne zu vertagen, Ermittelungen anordnen, um dem Verwalter die nachträgliche Zurücknahme der Bestreitung nach Prüfung ihrer Begründung zu ermöglichen. Da der Konkursrichter ebensowenig eine Beweisaufnahme hinsichtlich der angemeldeten Forderungen anzuordnen als über dieselben zu entscheiden hat, ist es auch unzulässig, dass bezüglich einer Forderung Eidesleistung angeordnet und davon die Feststellung

[1]) Vgl. Fitting S. 310 § 38 Anm. 21; Fuchs S. 122 Anm. 18; König S. 72; Meisner S. 302 Anm. 2; Stieglitz S. 525 Anm. d; v. Völderndorff Bd. II. S. 371; Wengler S. 541. A. M. Hullmann S. 271.

abhängig gemacht wird. Eine Eidesleistung über das Bestehen der Forderung würde schon nach §§ 410, 415, 437 der C.-P.-O. ausgeschlossen sein.[1]) Aber auch über die thatsächlichen Grundlagen derselben kann im Konkursverfahren eine Eidesleistung nicht stattfinden, da die Feststellung der bestrittenen Forderungen in Specialprozessen zu erfolgen hat. (§ 134.)

Das Ergebnis der Prüfung kann immer nur Feststellung oder Bestreitung sein. Auch wenn Forderungen angemeldet wurden, welche nach den §§ 2 oder 56 im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, ist in der Tabelle zu bemerken, dass die Forderung, deren Bestehen nicht zu prüfen war, „nicht festgestellt" worden sei.[2]) Über die Verhandlung ist ein Protokoll zu errichten. (Bem. II. 3 S. 446.)

2. Beteiligte und Bestreitungsgründe. (§§ 129, 132.)

Zu den bei der Prüfung beteiligten Personen gehört vor allem der Verwalter, der in pflichtmässiger Wahrnehmung der Interessen aller Gläubiger berufen ist, jede Forderung sowohl nach ihrem Bestande als nach ihrem etwaigen Vorrechte zu prüfen. (M. S. 362.) Derselbe ist in seiner Eigenschaft als Vertreter des Gemeinschuldners (Bem. II. 1 zu § 5) selbst dann berechtigt, eine Forderung zu bestreiten, wenn alle im Prüfungstermine vertretenen Gläubiger dieselbe anerkennen. In der Reichstagskommission wurde dieses selbständige Widerspruchsrecht beanstandet. Der darauf bezügliche Antrag wurde aber zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte, dem Verwalter komme vermöge seiner Stellung vornehmlich die Erklärung über die Forderungen zu, und ein Anerkenntnis der erschienenen Gläubiger könne, da dieselben oft nur solange an der Verhandlung teilnähmen, bis ihre Forderungen geprüft seien, ja die nachträglichen kleinern Prüfungstermine meist in Gegenwart weniger Gläubiger abgehalten würden, keine genügende Unterlage abgeben, um allen Gläubigern gegenüber ein rechtskräftiges Verhältnis zu schaffen. (K. S. 91, 92.) Neben dem Verwalter steht ein selbständiges Prüfungs- und Widerspruchsrecht den einzelnen Konkursgläubigern, d. h. allen Personen zu, welche eine Forderung angemeldet haben, gleichviel ob deren Forderung bereits anerkannt oder bestritten ist, oder ob behauptet wird, dieselbe könne im Konkursverfahren (nach §§ 2 und 56) nicht geltend gemacht werden. Das Bestreitungsrecht der Konkursgläubiger ist ein selbständiges; ihre Bestreitung macht trotz eines Anerkenntnisses des Verwalters die Forderung zu einer bestrittenen. (M. a. a. O.) Die Behauptung, dass der widersprechende Gläubiger keine Forderung oder kein Interesse habe und sonach nicht zur Bestreitung befugt sei, kann, wie auch in den Motiven und in der Reichsjustizkommission (K. S. 92) hervorgehoben wurde, nur im Specialprozesse, nicht im Prüfungstermine mit Erfolg geltend gemacht werden. Der Bestreitende braucht Gründe für seinen Widerspruch nicht anzugeben. Es genügt vielmehr, dass er der Forderung seine Anerkennung verweigert. In dem Feststellungsprozesse können auch ganz andere Bestreitungsgründe als diejenigen geltend gemacht werden, welche der Bestreitende etwa im Prüfungstermine vorgebracht hat.[3]) Die Bestreitung einer Forderung kann aus dem Grunde erfolgen, weil dieselbe nicht dem Anmeldenden, sondern einer andern Person (gleichen Namens) zustehe. Es kann jedoch im Konkursverfahren bezüglich einer Zweigniederlassung (§ 208) nicht mit Erfolg geltend gemacht werden, die Forderung rühre aus dem Geschäftsbetriebe der (ausländischen) Hauptniederlassung her, weil die von der Hauptniederlassung und Zweigniederlassung eingegangenen Verbindlichkeiten Schulden einer und derselben Person sind.[4])

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 671; Stieglitz S. 525 Anm. e; v. Völderndorff Bd. II. S. 375. A. M. Wengler S. 540, 541.

[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 357 Nr. 4.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 529; Fitting S. 311 § 38 Anm. 25; v. Sarwey S. 674; Stieglitz S. 532; v. Völderndorff Bd. II. S. 383; Willenbücher S. 178 Nr. 3; v. Wilmowski S. 361.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Colmar 13. Mai 1887 und R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIII. S. 55.

Der Verwalter kann zur Bestreitung auch aus dem Grunde gelangen, weil er beabsichtigt, von dem Anfechtungsrechte Gebrauch zu machen, dessen Ausübung ihm durch § 29 übertragen worden ist; denn eine Forderung, welche den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ist, kann auch im Konkursverfahren nicht mit Erfolg geltend gemacht werden. Den Gläubigern steht aber während des Konkursverfahrens ein Anfechtungsrecht nicht zu (Bem. 1 zu § 29 S. 150 Anm. 1); deshalb ist in der Erklärung eines Gläubigers, dass er die Forderung für anfechtbar halte, da auch die anfechtbare Handlung an sich rechtswirksam ist, eine Bestreitung noch nicht zu finden. Wenn sich der Gläubiger auf diese Erklärung beschränkt, ist die Forderung sonach als eine unbestrittene zu behandeln und demgemäss festzustellen. Erklärt der Gläubiger aber ausdrücklich, dass er die Forderung bestreite, so ist diese Bestreitung auch dann wirksam, wenn als Grund derselben ausdrücklich die Anfechtbarkeit angegeben wird. Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn der Gläubiger aus einem andern offenbar unzutreffenden Grunde gegen die Feststellung Widerspruch erhebt. Auch die Geltendmachung der Aufrechnungsbefugnis steht lediglich dem Verwalter zu. (Vorbem. 5 zu §§ 46 ff. S. 241.) Wenn ein Gläubiger die Forderung als solche anerkennt und nur verlangt, dass mit einer Forderung des Gemeinschuldners gegen dieselbe aufgerechnet werde, ist diese Erklärung sonach gleichfalls bedeutungslos, solange der Verwalter sich derselben nicht anschliesst. Anders liegt auch hier die Sache, wenn der Gläubiger erklärt, er bestreite die Forderung, weil er annehme, dieselbe sei kraft Gesetzes durch Aufrechnung getilgt. Wenn der Verwalter auch als Vertreter des Gemeinschuldners anzusehen ist und diese Stellung im Prüfungsverfahren ebenso einnimmt wie in andern Richtungen (Bem. II. 1 zu § 5 S. 33), so hat er doch infolge seiner Stellung die Interessen der Gläubiger zu wahren und würde pflichtwidrig handeln, wenn er eine offenbar unbegründete Forderung anerkennen würde. Es ist aber, auch wenn alle Gläubiger die Bestreitung von ihm verlangen, lediglich seinem pflichtmässigen Ermessen überlassen, welche Erklärung er abgeben will. Der einzelne Gläubiger übt sein Widerspruchsrecht nicht in Vertretung der übrigen Gläubiger, sondern kraft eigenen Rechtes aus und braucht dabei nur seine eigenen Interessen im Auge zu haben. Er hat ja auch den Rechtsstreit, den er sich durch die Bestreitung zuzieht, im eigenen Namen zu führen, und wenn er unterliegt, die Prozesskosten zu tragen. Dass sein Widerspruch zugleich den übrigen Gläubigern und dem Gemeinschuldner nützen kann, macht ihn noch nicht zu deren Vertreter.[1])

Eine andere Stellung als der Verwalter und die einzelnen Konkursgläubiger hat der Gemeinschuldner. Von ihm fordert § 129 Abs. 2 eine Erklärung nur zur Aufklärung und mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 152 Abs. 2. Sein Bestreiten, das in die Tabelle unter die Rubrik „Bemerkungen" einzutragen ist, macht für das Konkursverfahren die Forderung nicht streitig; diese Kraft hat nur ein Bestreiten des Verwalters oder eines Konkursgläubigers. (§§ 5 und 6, M. S. 362.) Dessenungeachtet ist der Gemeinschuldner, aus dessen Vermögen die Forderungen befriedigt werden sollen, und der, wenn er erschienen ist, nach § 129 gehört werden muss, in Ansehung des Prüfungsverfahrens als Beteiligter anzusehen. (Bem. III. 2 zu §§ 126 ff. S. 433.)

3. *Personen, deren Anwesenheit notwendig ist.* (§§ 129—132.)

Damit der Prüfungstermin stattfinden kann, ist es unbedingt notwendig, dass der Konkursrichter, welcher die Verhandlung zu leiten hat, und ein Gerichtsschreiber anwesend ist, welcher das Protokoll zu führen und die Eintragungen in die Tabelle zu bewirken hat. Die Erklärungen, welche während der Abwesenheit einer dieser Personen erfolgen, können nicht als im Prüfungstermine abgegeben gelten. Ausserdem ist es unter

1) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 384 Anm. 9. A. M. sind (in verschiedenen Richtungen) Fitting S. 107, 108 § 12 Anm. 19; Schultze, Konkursr. S. 57.

allen Umständen erforderlich, dass der Verwalter dem Termine beiwohnt. Ohne ihn kann nicht verhandelt werden; versäumt er den Termin, so muss dieser wiederholt werden und er haftet im Falle des Verschuldens für Schadenersatz und Kosten. (M. S. 362.) Dass der Verwalter berechtigt ist, zu seiner Unterstützung einen Rechtsbeistand zuzuziehen, wurde in der Reichstagskommission (K. S. 92) ohne Widerspruch bemerkt. Auch wird diese Befugnis umsoweniger zweifelhaft sein, da dieselbe auch den einzelnen Gläubigern zusteht. (Bem. II. 1 zu §§ 85 ff. S. 353 a. E.) Zweifelhafter ist die Frage, ob sich der Verwalter im Verhinderungsfalle vertreten lassen kann; doch wird auch dies geschehen können, wenn der Stellvertreter von dem Gerichte, das den Verwalter bestellt hat, als geeignet befunden wird.[1]) Erscheint weder der Verwalter noch ein Vertreter desselben, so wird das Gericht durch Erkundigungen den Grund des Ausbleibens festzustellen haben. Kann der Termin, weil der Verwalter sich nicht eingefunden hat, oder der Vertreter nicht zugelassen wird, nicht stattfinden, so ist derselbe zu verlegen. Der neue Termin ist gemäss § 103 bekannt zu machen, sofern die Verlegung nicht den versammelten Gläubigern bekannt gegeben werden kann. (§ 85 Abs. 2.) Ist das Ausbleiben als ein schuldhaftes anzusehen, so kann § 76 zur Anwendung kommen und auf Antrag des Gläubigerausschusses oder einer zu diesem Zwecke einzuberufenden Gläubigerversammlung (vgl. Bem. III. 1 zu § 76 S. 330 und § 90) die Entlassung verfügt werden.[2]) Von einem Einlassungszwange kann hier nicht gesprochen werden, weil hier nicht die prozessuale Einlassung auf einen Rechtsstreit, sondern die Verpflichtung zur Vornahme einer Verwaltungshandlung in Frage steht.[3]) Dass der Konkursrichter von Amts wegen lediglich zur Wahrnehmung der im Prüfungstermine zu entfaltenden Thätigkeit einen Vertreter bestellt, kann nicht als zulässig angesehen werden, würde aber auch in der Regel als unzweckmässig erscheinen, da der Vertreter ohne eine geschäftliche Anweisung durch den Verwalter seiner Aufgabe nicht gerecht werden könnte.[4]) (Vgl. hiezu insbes. wegen der Stellvertretung für den Fall, dass der Verwalter selbst Gläubiger ist, Bem. I. 4 zu §§ 70 ff. S. 322.) Verpflichtet zum Erscheinen ist auch der Gemeinschuldner wegen seiner Verbindlichkeit zur Auskunftserteilung; es kann sonach, wenn dessen Anwesenheit als notwendig erscheint, die Verhandlung bezüglich aller einzelnen Forderungen vertagt und dessen zwangsweise Vorführung oder Haft verfügt werden. (Bem. I. und III. 1 zu §§ 92 ff. S. 361 ff.) Gesetzlich notwendig ist aber dessen Anwesenheit nicht. Der Gemeinschuldner kann sich deshalb auch durch einen prozessfähigen Bevollmächtigten vertreten lassen, solange nicht sein persönliches Erscheinen angeordnet worden ist. Die Teilnahme der einzelnen Gläubiger ist naturgemäss eine freiwillige; sie können erscheinen und sich erklären, müssen es aber nicht thun, ihr Schweigen gilt, soweit es sich nicht um ihre eigenen Forderungen handelt, als Zustimmung zu den Erklärungen des Verwalters. (M. S. 362.) An der Notwendigkeit, die Forderungen eines anmeldenden Gläubigers zu prüfen, wird nach § 131 durch dessen Ausbleiben nichts geändert. Es findet kein Versäumnisverfahren statt. Vielmehr muss die Prüfung, wenn der Gläubiger ausgeblieben ist, oder Erklärungen bezüglich seiner Forderung verweigert, ebenso vorgenommen werden, als wenn derselbe erschienen wäre, bezw. die verlangte Auskunft erteilt hätte. (M. S. 361.) Ist die Prüfung einer Forderung beendigt und Widerspruch nicht erhoben worden, so kann solcher nicht nachträglich am Schlusse des allgemeinen Termines oder bei einer Fort-

[1]) Vgl. König S. 72; Fitting S. 309 § 38 Anm. 18; v. Sarwey S. 675 Bem. 3 zu § 132; v. Völderndorff Bd. II. S. 374 Anm. 8; Wengler S. 541; Willenbücher S. 176 Nr. 2; v. Wilmowski S. 356 Nr. 2. A. M. Stieglitz S. 523 Anm. b. v. Völderndorff, Willenbücher und v. Wilmowski nehmen übrigens an, dass es einer Genehmigung des Vertreters durch das Gericht nicht bedarf.

[2]) Vgl. Schultze, Konkursrecht S. 60, 61; v. Völderndorff Bd. II. S. 373; v. Wilmowski S. 356 Nr. 2.

[3]) Vgl. dagegen Schultze a. a. O. S. 60, 61 und S. 146 ff.; ferner v. Wilmowski S. 356 Nr. 2.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 373 Anm. 6. A. M. Fitting S. 309 § 38 Anm. 18; Stieglitz S. 523 Anm. b.

setzung desselben noch erhoben werden. Jede Forderung ist für sich allein zu erörtern, und wenn das Ergebnis dieser Prüfung durch das Gericht festgestellt wurde, ist jeder Widerspruch der nicht auf einer Wiederaufnahmeklage beruht (Bem. II. 1 S. 443), ausgeschlossen. Ein Gläubiger, der bei dem Prüfungstermine ausgeblieben ist, kann auch gegen Anerbieten des Kostenersatzes nicht beanspruchen, dass zum Zwecke der nochmaligen Prüfung der von ihm angemeldeten und bestrittenen Forderung ein neuer Termin anberaumt werde. Es bleibt vielmehr bei der Bestreitung und eine Feststellung kann nur auf dem Wege des Prozesses herbeigeführt werden. (§ 134.)[1] Der Konkursverwalter kann die Kosten, welche er für einen Rechtsbeistand oder einen vom Gerichte zugelassenen Vertreter aufgewendet hat, als Massekosten im Sinne des § 51 Z. 2 verrechnen, sofern die Aufwendung vom Konkursgerichte als zweckentsprechend angesehen und gebilligt wird. Dagegen kann der Gemeinschuldner für die Kosten, welche er für einen Vertreter aufgewandt hat, Ersatz aus der Masse nicht verlangen. Die Vertretungskosten der Gläubiger fallen unter § 56 Z. 2.

4. *Der besondere Prüfungstermin.* (§ 130.)

Wenn ein Gläubiger die Anmeldefrist versäumt oder es unterlassen hat, ein Vorrecht geltend zu machen, so wird er durch diese Versäumnis nicht mit seinen Ansprüchen ausgeschlossen, sondern kann dieselben noch nachträglich geltend machen und seine Anmeldung überhaupt noch beliebig abändern. (§ 130.) Wenn die Abänderung sich auf die wesentlichen Bestandteile der Anmeldung bezieht, kann dieselbe aber die Wirkung haben, dass sie als eine neue Anmeldung betrachtet wird. (Bem. II. 2 zu § 126 S. 430.) Ist die nachträgliche Anmeldung bezw. die Abänderung noch vor dem allgemeinen Prüfungstermine erfolgt, so hat, wenn weder vom Verwalter noch von einem Konkursgläubiger hiegegen Widerspruch erhoben wird, die Prüfung ungeachtet der Versäumung und ohne dass eine Entschuldigung erforderlich ist, im allgemeinen Prüfungstermine zu erfolgen; die Versäumung hat also keinerlei Nachteile zur Folge. (Vorbem. 1 S. 425.) Wird in dieser Beziehung Widerspruch erhoben oder erfolgt die Anmeldung erst nach dem festgesetzten Termine, so ist dagegen zum Zwecke der Prüfung ein nachträglicher besonderer Termin zu bestimmen. Die Folgen nicht rechtzeitiger Anmeldung bestehen also nur darin, dass die Nachzügler das Verfahren, in derjenigen Lage, in welcher dasselbe sich befindet, anzunehmen und die Kosten des besondern Prüfungstermines, d. h. des ganzen nachträglichen Prüfungsverfahrens, einschliesslich der öffentlichen Bekanntmachung, zu tragen haben. Zu den Kosten des besondern Prüfungstermines gehören nicht bloss die Gerichtsgebühren (§ 54 G.-K.-G.), die Auslagen des Gerichtes und die Beträge, um welche sich die Vergütung des Verwalters mit Rücksicht auf die besondere Mühewaltung etwa erhöht, sondern auch die Auslagen, welche den im besondern Prüfungstermine erschienenen Gläubigern durch ihr Erscheinen bezw. die Vertretung erwachsen. Für die entgegengesetzte Auffassung kann nicht § 56 Z. 2 angerufen werden, der nur von den im Konkursverfahren (dem Gemeinschuldner gegenüber) geltend zu machenden Forderungen handelt, während hier eine Verpflichtung zum Schadenersatze in Frage steht. Ebensowenig kann diese Ansicht darauf gestützt werden, dass die Gläubiger freiwillig erscheinen, denn dieselben haben ein Recht auf die Teilnahme am Termine und müssen sich einfinden, wenn sie sich an der Prüfung beteiligen, nicht auf ihr Widerspruchsrecht verzichten wollen. Die Vorschriften des § 130 Abs. 1 a. E. und Abs. 3 enthalten nur eine besondere Anwendung des in § 90 der C.-P.-O. aufgestellten Grundsatzes; deshalb müssen hier die im Civilprozesse geltenden Vorschriften herangezogen werden. Nach diesen gehören aber zu den Kosten eines Termines auch die den Parteien erwachsenden Auslagen.[2]) Diejenigen Gläubiger, welche die

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 673, 674; Willenbücher S. 177; v. Wilmowski S. 360.

[2]) Vgl. Fitting S. 308 § 38 Anm. 15; Stieglitz S. 530; v. Völderndorff Bd. II. S. 377, 378. A. M. Hullmann S. 273; v. Sarwey S. 673 Nr. 4; Wengler S. 542 Nr. 1; Willenbücher S. 177 Nr. 4; v. Wilmowski S. 360; ferner O.-L.-G. Karlsruhe in den bad. Annalen Bd. 54 S. 21.

Anberaumung des besondern Prüfungstermines mitveranlasst haben, können natürlich Ersatz ihrer Kosten nicht beanspruchen. Dagegen steht ein Ersatzanspruch auch denjenigen Gläubigern zu, welche zwar im frühern Termine nicht erschienen, deren Forderungen aber dort geprüft worden sind. Das Erscheinen dieser Gläubiger ist nicht durch ihre eigene Versäumnis, sondern nur durch diejenige der verspätet Anmeldenden notwendig geworden.[1]) Sind im besondern Prüfungstermine die Forderungen mehrerer Gläubiger zu prüfen, so haften dieselben in entsprechender Anwendung des § 95 C.-P.-O. nach Kopfteilen für die Kosten.[2])

Die Frage, innerhalb welcher Frist der besondere Prüfungstermin anzusetzen ist, lässt die Konkursordnung offen; die Vorschrift des § 126 ist darauf nicht anwendbar. Doch wird die entsprechende Anwendung des § 459 der C.-P.-O. in der Regel zu dem gleichen Ergebnisse führen. Die Frist zwischen dem nach § 68 zu berechnenden Tage der Bekanntmachung und dem Prüfungstermine muss hienach mindestens drei Tage und, wenn auch nur ein einziger Gläubiger nicht im Bezirke des Konkursgerichtes wohnt, mindestens eine Woche betragen.[3]) Das Gericht wird sich durch das Interesse der Beteiligten leiten lassen und daher nicht immer sofort für jede einzelne Anmeldung einen Termin bestimmen, vielmehr, wenn nicht eine Verteilung oder andere wichtige Verhandlungen nahe bevorstehen, bis zum Eingang anderer nachträglicher Anmeldungen warten und für diese gemeinsam den besondern Prüfungstermin ansetzen. (M. S. 359.) Im übrigen gelten für die besondern Prüfungstermine, sowohl bezüglich der Bekanntmachung und besondern Ladung als hinsichtlich des Rechtes der Mitwirkung, des Widerspruches und der Versäumnis (§ 131) dieselben Vorschriften wie hinsichtlich des allgemeinen Prüfungstermines. Die Anwendung des § 103, der die Bekanntmachung der Termine besonders regelt, hier auszuschliessen, besteht kein Grund. Der besondere Prüfungstermin ist nicht anders zu behandeln als der allgemeine Prüfungstermin.[4])

Wie lange nachträgliche Anmeldungen noch zulässig sind und ein Recht auf Anberaumung eines besondern Prüfungstermines gewähren, ist mit Rücksicht auf den Zweck und Gang des Konkursverfahrens zu bestimmen. Sobald das Schlussverzeichnis festgestellt oder ein Zwangsvergleich angenommen worden ist (§§ 150, 166), haben die bisher am Verfahren beteiligten Gläubiger ein unentziehbares Recht auf den Vollzug der Schlussverteilung bezw. des Zwangsvergleichs. Von diesem Zeitpunkte an können sonach neue Anmeldungen nicht mehr berücksichtigt werden. (M. S. 413.)[5]) Bezüglich der nach Vornahme einer Abschlagsverteilung angemeldeten Forderungen ist Bem. III. 1 zu § 143 zu vergleichen.

Die Erörterungen im besondern Prüfungstermine haben nur die verspäteten Anmeldungen zum Gegenstande. Einwendungen gegen die bereits festgestellten Forderungen dürfen die nachträglich anmeldenden Gläubiger ebensowenig wie diejenigen Gläubiger erheben, welche ihre Forderungen zwar früher angemeldet haben, aber im allgemeinen Prüfungstermine nicht erschienen sind. Die an die Eintragung durch § 133 Abs. 2 geknüpfte Rechtsfolge kann nicht mehr rückgängig gemacht werden (Bem. II. 2 zu §§ 126 ff. S. 430).[6])

1) A. M. Stieglitz S. 530 Anm. k. und anscheinend auch Fitting a. a. O., sowie v. Völderndorff Bd. II. S. 377.

2) Vgl. Fitting und Stieglitz a. a. O.

3) Vgl. Meisner S. 298 Anm. 3.

4) So auch v. Völderndorff Bd. II. S. 379 und wohl auch v. Wilmowski S. 359 Nr. 1. A. M. Fitting S. 307, 308 § 38 Anm. 13 und 15; v. Sarwey S. 673 Nr. 3; Stieglitz S. 529; Willenbücher S. 177 Nr. 3, welche nicht § 103, sondern § 68 anwenden wollen. Ferner ist a. M. v. Völderndorff S. 378, insofern derselbe im Falle des Abs. 1 nur eine Vertagung annimmt.

5) Vgl. Fitting S. 309 § 38 Anm. 15; v. Völderndorff Bd. II. S. 379; Stieglitz S. 529 Nr. I. 2; Wengler S. 544.

6) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 526; Hullmann S. 275; v. Sarwey S. 681; Stieglitz S. 536 Nr. I. 2 und II. Anm. c; v. Völderndorff Bd. II. S. 392 und in Buschs Zeitschr. Bd. III. S. 442 ff.; Wengler S. 548 Nr. 4; Willenbücher S. 179 Nr. 1 d; v. Wilmowski S. 363.

II. Ergebnis der Prüfung. — Beurkundung desselben. (§§ 132, 133.)

1. Feststellung der Forderungen. Materielle Wirkungen derselben.

(§ 132 Abs. 1 und § 133 Abs. 2.)

Mit der Feststellung des Ergebnisses durch das Konkursgericht findet die Prüfung ihren Abschluss. Eine Forderung gilt zu dem beanspruchten Betrage und Vorrechte als festgestellt, sofern sie in dem Prüfungstermine nicht bestritten worden ist. Es kann sonach ein Vorrecht, das nicht berücksichtigt wurde, nachträglich nicht mehr mit Erfolg angemeldet werden. (Bem. I. 1 zu § 54 S. 271.) Soweit gegen Betrag oder Vorrecht vom Verwalter oder von den Gläubigern ein Widerspruch erhoben und aufrecht erhalten wird, ist die Forderung bestritten. Ein Widerspruch liegt aber schon dann vor, wenn die Forderung nur unter gewissen Bedingungen oder Voraussetzungen anerkannt wird, welche zur Zeit noch nicht gegeben sind. In solchen Fällen wird der Forderung noch nicht die zur Eintragung erforderliche Anerkennung gewährt, sondern diese erst für die Zukunft in Aussicht gestellt. Wird eine Wechselforderung nur vorbehaltlich des Nachbringens der Wechselurkunde anerkannt, so darf dieselbe nicht festgestellt werden. Der gemachte Vorbehalt, der auch eine Verurteilung im Wechselprozesse verhindern würde, hat hienach thatsächlich nicht mehr Bedeutung als die Erklärung, dass die Forderung bis zum Beibringen der Wechselurkunde bestritten werde.[1]) Wird eine Forderung nur bezüglich der Höhe bestritten, so ist dieselbe in Ansehung desjenigen Betrages, der nicht bestritten worden ist, festzustellen. Wird der Widerspruch nach dem Prüfungstermine durch Zurücknahme, Vergleich oder in ähnlicher Weise beseitigt, so wird die Forderung unstreitig und gilt ebenfalls als festgestellt. Andernfalls muss die Feststellung einer streitig gebliebenen Forderung durch Beseitigung des Widerspruchs im Wege des Prozesses erwirkt werden. (M. S. 363.) Ist von mehreren Personen Widerspruch erhoben worden, so verliert dieser nur dadurch seine Kraft, dass alle Widersprechenden ihren Widerspruch aufgeben. Die Zurücknahme kann zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder in einer schriftlichen Erklärung erfolgen. Das Protokoll ist ebenso wie eine sonstige schriftliche Erklärung auf Betreiben desjenigen, welcher seinen Widerspruch zurücknimmt, dem Gläubiger der bestrittenen Forderung zuzustellen, weil ihm gegenüber die Willenserklärung abzugeben ist. Dem letztern kann es alsdann überlassen werden, die Berichtigung der Tabelle zu betreiben. Ist eine Forderung deshalb nicht festgestellt worden, weil sie nicht Konkursforderung sei (§§ 2 und 56), so ist es dem Anmeldenden unbenommen, dieselbe ausserhalb des Konkursverfahrens geltend zu machen. Der Massegläubiger, der anfangs seine Forderung als Konkursforderung geltend gemacht hatte, kann dieselbe später als Masseforderung geltend machen.[2])

Welche materielle Wirkungen die Feststellung der unstreitig gebliebenen Forderungen hat, wird in § 133 Abs. 2 zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich gesagt. Die Wirkung trifft unterschiedslos alle Konkursgläubiger, mögen sie ihre Forderungen angemeldet haben oder nicht, und mögen sie im erstern Falle den Prüfungstermin wahrgenommen oder versäumt haben. Die Feststellung wirkt aber nicht nur für sondern auch gegen den anmeldenden Gläubiger. (M. S. 364.) Deshalb kann, nachdem die Forderung festgestellt worden ist, ein Vorrecht nicht mehr in wirksamer Weise beansprucht werden. (Bem. I. 1 zu § 54 S. 271.)[3])

[1]) Vgl. Ldg. Chemnitz 11. März 1886, Wenglers Arch. N. F. Bd. VII. S. 318.

[2]) Vgl. Willenbücher S. 180 Nr. 3 b.

[3]) Vgl. Meisner S. 305 a. E.; v. Sarwey S. 681; Scherer in den Bl. für R.-A. Bd. 53 S. 71 ff. Stieglitz S. 536; Wengler S. 548 Nr. 4; Willenbücher S. 180; v. Wilmowski S. 364; R.-G. (II.) 13.

Auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirkt, wenn er einer Forderung nicht widersprochen hat, deren Feststellung, und zwar für die Zeit nach der Beendigung des Konkurses (§ 152).[1]) In diesem Falle gewährt die Eintragung in die Tabelle in dem Gebiete des rheinischen Rechtes eine Urteilshypothek. (Bem. III. zu §§ 178 ff.)[2]) Wie bereits früher (Bem. I. zu § 57 S. 288 Anm. 3 und 4) erwähnt worden ist,[3]) wird endlich durch die Eintragung in die Tabelle zwar nicht das Absonderungsrecht, wohl aber die absonderungsberechtigte Forderung, sofern dieselbe zugleich Konkursforderung ist, ihrem ganzen Betrage nach festgestellt. Mittelbar kann diese Feststellung sogar Einfluss auf die Befugnis zur abgesonderten Befriedigung haben. War wegen einer angemeldeten Forderung vor der Konkurseröffnung ein Arrestbefehl erwirkt worden, so erlangt der Gläubiger nämlich durch die Eintragung in die Tabelle, welche ebenso wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, ein Pfändungspfandrecht.[4])

Ein Wiederaufnahmeverfahren gegen die Feststellung findet nur in denjenigen Fällen statt, in welchen einem rechtskräftigen Endurteile gegenüber nach den §§ 541 ff. C.-P.-O. die Restitutionsklage zulässig sein würde, insoweit die hiefür gegebenen Voraussetzungen nicht durch die Natur des Konkursverfahrens von selbst ausgeschlossen sind.[5]) Der Antrag kann nicht darauf gestützt werden, dass es dem Gläubiger unmöglich gewesen sei, bei dem Prüfungstermine zu erscheinen. Nicht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist, sondern die Wiederaufnahmeklage gegen ein rechtskräftiges Urteil kommt in Betracht. Von der erstern ist schon deshalb keine Rede, weil es sich hier nicht um Versäumung einer Notfrist handelt. Es entspricht aber auch nicht dem Geiste des Gesetzes, dass das Ergebnis der Prüfung jedesmal wieder in Frage gestellt wird, wenn ein Gläubiger sein Prüfungsrecht nicht ausüben konnte. (Bem. I. 4 S. 440.) Die Zuständigkeit für die Wiederaufnahmeklage wird in diesen Fällen unter entsprechender Anwendung des § 547 Abs. 2 der C.-P.-O. zu bestimmen sein. Die Rechtsähnlichkeit zwischen dem Vollstreckungsbefehle und der Feststellung im Konkursverfahren besteht darin, dass die Feststellung in beiden Fällen nicht auf richterlicher Überzeugung, sondern auf der Unterlassung des Widerspruches beruht. Hienach ist dasjenige Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, als ausschliesslich zuständig anzusehen.[6]) Durch die Wiederaufnahmeklage kann der Kläger nur soviel erreichen, dass sein Widerspruchsrecht wiederauflebt und infolge dessen der Eintrag in der Tabelle geändert, d. h. die Feststellung beseitigt wird. Im übrigen ist dann § 134 massgebend. Ob die Forderung des Beklagten begründet ist, bezw. ob demselben ein Vorrecht zusteht, ist im Wiederaufnahmeverfahren nicht zu erörtern und zu entscheiden. Vielmehr handelt es sich hier nur um die Frage, ob das Verhalten des Klägers im Prüfungstermine durch eine der die Wiederaufnahme des Verfahrens begründenden Thatsachen beeinflusst worden ist.[7]) Als solche kommen aber hier nur in Betracht die in § 542 Z. 4 sowie in § 543 Z. 2—4, 6 und 7 der C.-P.-O. vorgesehenen That-

Jan. 1888 und (I.) 20. Okt. 1888, Entsch. Bd. XX. S. 412 ff.; bad. Ann. Bd. 54 S. 86, jur. Wochenschr. 1888 S. 425; O.-L.-G. Karlsruhe 1. Okt. 1887, bad. Ann. a. a. O.

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 390—392; Willenbücher S. 180; v. Wilmowski S. 364; R.-G. (IV.) 5. Okt. 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 1128 und jur. Wochenschr. 1882 S. 261; R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 32.

[2]) Vgl. Petersen in Puchelts Zeitschr. Bd. XI. S. 544 und Bd. XII. S. 414 ff.; Scherer, Rhein. Recht S. 217, 218. A. M. v. Zöller in Puchelts Zeitschr. Bd. 12 S. 135 ff.

[3]) Das a. a. O. in Anm. 3 angef. Urt. des bayer. oberst. Landesger. steht auch in Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 476 ff., 492 ff.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Kiel 10. Nov. 1887, Schlesw.-Holst. Anz. 1888 S. 293.

[5]) Vgl. Hullmann S. 275; Meisner S. 305 a. E.; v. Sarwey S. 681; Stieglitz S. 536; Wengler S. 548 Nr. 4.

[6]) Vgl. Sarwey S. 681.

[7]) Vgl. Sarwey a. a. O.

bestände.[1]) Wegen der Unanwendbarkeit des § 542 Z. 1 vgl. Bem. 2 u. 4 zu § 65 S. 309, 311; Z. 5 dieses § kann schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil der Richter die Eintragung in die Tabelle nicht vornimmt. Die Vorschrift trifft aber auch im übrigen nicht zu. Wenn die Nachholung des Widerspruches durch den Abschluss des Konkursverfahrens unmöglich gemacht wurde, ist das Wiederaufnahmeverfahren gegenstandslos. Dem Verwalter wie dem auf Grund der Tabelle verfolgten Gemeinschuldner steht das Recht zu, Einwendungen gegen die festgestellte Forderung, welche nach der Feststellung entstanden sind, gemäss § 686 der C.-P.-O., der nach § 65 hier entsprechend anzuwenden ist, auf dem Wege der Klage geltend zu machen. Auf anderem Wege können Einwendungen gegen die Feststellung nicht erhoben werden. Insbesondere kann das Konkursgericht nicht bei Gelegenheit der Verteilungen zur Entscheidung über derartige Einwendungen (gemäss § 146) veranlasst werden. Dasselbe hat über das Bestehen von Konkursforderungen überhaupt nicht zu entscheiden. Auch soweit die in § 133 Abs. 2 vorgesehene Wirkung der Eintragung nicht in Frage steht, ist sonach der erwähnte Weg ausgeschlossen. (Bem. 1 zu §§ 146 ff.)[2]) Wurde das Konkursverfahren über das Vermögen eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes in unrichtiger Weise als einheitliches Verfahren über das Vermögen beider Ehegatten gestaltet, so haben die Feststellungen in der Tabelle allerdings beiden Gemeinschuldnern gegenüber ihre Wirkung. Wenn hienach feststeht, dass nur eine Gemeinschaftsschuld besteht, kann aber die Ehefrau, sofern sie später eine Gütertrennung erwirkt hat, infolge deren sie für Gemeinschaftsschulden nicht haftet, diesen Einwand auf dem in § 686 C.-P.-O. vorgesehenen Wege geltend machen.[3]) Falls die Voraussetzungen des § 290 der C.-P.-O. vorliegen, muss die Tabelle von Amts wegen berichtigt werden.[4]) Gegen den Berichtigungsbeschluss steht jedem Beteiligten sofortige Beschwerde zu, dem Gemeinschuldner jedoch nur, sofern es sich um seinen Widerspruch handelt. Gegen den Beschluss, welcher die Berichtigung versagt, würde an sich nach § 66 Abs. 3 der K.-O. sofortige Beschwerde zulässig sein. Da aber § 290 Abs. 3 der C.-P.-O. jede Beschwerde gegen einen solchen Beschluss ausschliesst und nach der einschränkenden Auslegung, welche die Worte „Entscheidungen im Konkursverfahren" im § 66 zu erfahren haben, darunter nur solche Entscheidungen zu verstehen sind, welche in dem durch die Konkursordnung unmittelbar geregelten Verfahren erlassen wurden (Bem. III. 2 zu § 66 S. 314 a. E.) ist auch, soweit es sich um die Berichtigung der Tabelle handelt, die Beschwerde gegen die Ablehnung der Berichtigung ausgeschlossen. Soweit die Frage, ob einfache oder sofortige Beschwerde stattfindet, nach der Civilprozessordnung zu beantworten ist, muss diese letztere auch bezüglich der Frage massgebend sein, ob überhaupt Beschwerde stattfindet. Es ist übrigens auch aus der entsprechenden Anwendung der Civilprozessordnung zu folgern, dass, wenn § 290 der C.-P.-O. überhaupt zur Anwendung kommt, auch Abs. 3 desselben Anwendung finden muss.[5]) Gegen die Eintragung selbst findet Beschwerde nicht statt, weil dieselbe ungeachtet der ihr durch § 133 Abs. 2 beigelegten Wirkung nicht als eine wirkliche „Entscheidung" anzusehen ist. Eine solche ist auch dann nicht in der Eintragung enthalten, wenn gegen die Richtigkeit derselben Widerspruch erhoben wurde.[6])

1) Vgl. hiezu: Meves S. 151; v. Sarwey S. 681; Stieglitz S. 537; v. Völderndorff Bd. II. S. 392; Willenbücher S. 180 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 364, deren Ansichten bez. der einzelnen Ziff. des § 543 von einander abweichen.

2) Vgl. R.-G. (III.) 24. Febr. 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 331 ff. bes. 337 ff.; O.-L.-G. Colmar 11. Okt. 1882 und 26. Sept. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. VIII. S. 160, Bd. XIV. S. 126 ff.

3) Vgl. O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIV. S. 126 ff. bes. S. 130, 131.

4) Vgl. Fitting S. 313 § 38 Anm. 29; v. Sarwey S. 681, 682; Willenbücher S. 180 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 365.

5) So wohl auch v. Sarwey S. 682 und 692 Nr. 10; Willenbücher S. 180 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 365. A. M. anscheinend Fitting S. 313 § 38 Anm. 29.

6) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 390 lit. a. a. E.

2. *Wirkungen der Bestreitung durch den Gemeinschuldner.*
(§ 132 Abs. 2.)

Die Eintragung in die Tabelle äussert, sofern der Gemeinschuldner die Forderung bestritten hat, für die Zeit nach Aufhebung des Konkursverfahrens keine Wirkung. (§ 152 Abs. 2.) Desshalb wird die Durchführung eines gegen den Gemeinschuldner anhängigen Prozesses durch die Feststellung im Konkursverfahren nicht überflüssig. Die Aufnahme eines solchen — durch die Konkurseröffnung nach § 218 der C.-P.-O. unterbrochenen — Rechtsstreites wird deshalb in § 132 Abs. 2 gestattet. Für diese Befugnis, welche übrigens nur dem Gegner des Gemeinschuldners, nicht diesem selbst zusteht,[1]) ist es gleichgültig, ob die Forderung in die Tabelle eingetragen oder zugleich vom Verwalter bezw. einem Konkursgläubiger bestritten worden ist. Im letztern Falle kann der dem Gemeinschuldner gegenüber aufgenommene Prozess neben dem auf die Feststellung im Konkursverfahren bezüglichen Specialprozesse weitergeführt werden, der nach § 134 Abs. 3 gleichfalls durch Aufnahme zu verfolgen ist. Der Gemeinschuldner wird dann, soweit es sich um die Konkursmasse handelt, vom Verwalter vertreten (Bem. II. 1 zu § 5 S. 33), während er seine darüber hinausgehenden Interessen selbst wahrzunehmen hat. (Bem. I. 3 zu §§ 134 ff. S. 451.)[2]) Ein besonderes Interesse des Gläubigers, der den Prozess gegen den Gemeinschuldner wieder aufnehmen will, wird auch in dem erwähnten Falle nicht vorausgesetzt. Vielmehr genügt es, dass der Gläubiger den Prozess beendigt wissen will.[3]) In der Regel wird es sich übrigens empfehlen, den einen Prozess bis zur Entscheidung des andern auszusetzen oder beide Prozesse zu verbinden. Der Gemeinschuldner kann auch die ihm durch § 132 Abs. 2 versagte Aufnahme des gegen ihn anhängigen Prozesses nicht dadurch erzwingen, dass er den Gläubiger auf dem in § 217 der C.-P.-O. vorgesehenen Wege zur Aufnahme nötigt, denn diese Vorschrift bezieht sich nicht auf die Unterbrechung durch die Konkurseröffnung, bezüglich deren vielmehr § 218 C.-P.-O. auf die Konkursordnung verweist.[4]) Eine neue Klage kann der Gläubiger, dessen Forderung vom Gemeinschuldner bestritten wird, während des Konkursverfahrens nur in der Weise erheben, dass er Feststellung des Rechtsverhältnisses (nach § 231 C.-P.-O.) oder Verurteilung zur Leistung nach Aufhebung des Konkursverfahrens beantragt. Eine Klage, mittels deren sofortige Befriedigung erzwungen werden soll, ist nach den §§ 10 und 11 nicht gestattet. (Bem. III. zu §§ 8 ff. S. 50 und Bem. II. 3 d zu §§ 126 ff. S. 431, 432.)[5])

3. *Beurkundung.* (§ 133 Abs. 1.)

Mit Rücksicht auf die Bedeutung der Eintragung und zur Verhinderung späterer Fälschungen schreibt § 133 vor, dass die Eintragung durch das Gericht also unter Mitwirkung des Amtsrichters erfolgt. Zu jeder geprüften Forderung ist zu vermerken, ob und inwieweit, gegebenen Falls auch mit welchem Vorrechte sie als unstreitig festgestellt oder ob und inwieweit sie streitig geblieben und von wem sie bestritten,[6]) oder endlich, ob und inwieweit die Anmeldung zurückgenommen ist. Wird für eine Forderung erst im Termine ein Vorrecht in Anspruch genommen, so ist dieselbe, wenn dieses anerkannt wird, in eine der Vorrechtsabteilungen zu übertragen und dies in der Hauptabteilung unter der Rubrik „Be-

[1]) Vgl. Meisner S. 304; v. Sarwey S. 678 Nr. II. 1; Stieglitz S. 533; v. Völderndorff Bd. II. S. 388; Wengler S. 546; v. Wilmowski S. 362; R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 358 ff.

[2]) Vgl. Meisner S. 307; v. Sarwey S. 679; v. Wilmowski S. 362; R.-G. (III.) 23. Jan. 1885. Entsch. Bd. XIII. S. 315 ff. bes. S. 317, 318; R-G. (II.) 24. Jan. 1888, Bolze Bd. V. Nr. 1420.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 23. Jan. 1885 a. a. O.

[4]) Vgl. R.-G. (VI.) 24. Juni 1886 a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 389.

[5]) Vgl. Meisner S. 309 Anm. 7; v. Sarwey S. 679; Stieglitz S. 534; v. Völderndorff Bd. II. S. 387 a. E.; Willenbücher S. 178; R.-G. (II.) 24. Jan. 1888 a. a. O.; O.-L.-G. Frankfurt 5. Okt. 1886. Frankf. Rundschau 1887 S. 189.

[6]) Vgl. O.-L.-G. Köln 23. März 1881, rhein. Arch. Bd. 72 Abt. II. S. 21 ff.

merkungen“ zu beurkunden, in welche ausser den verneinenden Erklärungen des Gemeinschuldners namentlich auch ein Vermerk über das bleibende Stimmrecht gehört. Ausserdem ist, wenn nicht hiefür eine besondere Abteilung vorgesehen ist, in der für das Ergebnis der Prüfungsverhandlung bestimmten Spalte der Inhalt eines etwaigen Berichtigungsbeschlusses oder Wiederaufnahmeurteils nachzutragen. Da das Bestehen oder Nichtbestehen von Absonderungsrechten nicht im Prüfungstermine zu erörtern ist (Bem. I. 1 zu §§ 129 ff. S. 435), hat die Tabelle nicht darüber Auskunft zu geben, ob ein solches Recht vom Verwalter anerkannt oder bestritten worden ist.[1]) Der Eintrag eines Vorrechtes in die Tabelle kann deshalb auch nur ein in § 54 vorgesehenes Vorrecht, nicht das Recht auf abgesonderte Befriedigung wegen einer Hypothek sichern.[2]) Da die Tabelle einen Bestandteil des Protokolles bildet, ist dieselbe in entsprechender Anwendung der §§ 148, 149 der C.-P.-O. vorzulesen und von dem Richter und Gerichtsschreiber zu unterzeichnen. Es genügt jedoch, dass deren Unterschriften am Schlusse derselben beigefügt werden, und ist sonach nicht erforderlich, dass jede einzelne Eintragung besonders unterzeichnet wird.[3]) Wenn eine Berichtigung erfolgt, muss jedoch der darauf bezügliche Nachtrag, der durch die Unterschriften unter der Tabelle nicht gedeckt wird, nochmals unterzeichnet werden. Über die Verhandlung ist ein Protokoll aufzunehmen. Da die Tabelle als ein Teil des Protokolles anzusehen ist, so hat letzteres ausser den allgemeinen Erfordernissen des § 145 Z. 1—4 und § 146 Abs. 1 der C.-P.-O. gewöhnlich nur die Bezeichnung der geprüften Forderungen der Ziffer nach unter Hinweis auf die Tabelle zu enthalten. (§ 146 Abs. 1.) Insbesondere bedarf es einer Aufzeichnung der Gründe, aus welchen eine Forderung bestritten ist, nicht. Durch das Protokoll sind dagegen die etwaigen Abänderungen hinsichtlich der Anmeldung des Gläubigers (vgl. § 470 der C.-P.-O.) und die gemäss § 87 erfolgenden Entscheidungen des Konkursrichters über ein bleibendes Stimmrecht festzustellen. (§ 146 Abs. 2 Z. 5 der C.-P.-O.) Einer Feststellung im Protokolle bedarf ferner die etwaige Rückgabe von Urkunden, welche, soweit die Urkunden streitige Forderungen betreffen, immer, in Ansehung unbestrittener Forderungen, nur auf Verlangen geschehen muss, jedoch auch in diesem Falle von Amts wegen geschehen kann. Die Vorschrift, dass auf Wechseln und sonstigen Schuldurkunden über unbestrittene Forderungen die Feststellung durch den Gerichtsschreiber (als Ausfertigungsbeamten — daher auch unter dem Gerichtssiegel) zu vermerken ist, hat den Zweck, dem Gläubiger die Verfügung zu erleichtern. (M. S. 363.) Diese Vermerkung soll die Eintragung in die Tabelle nicht ersetzen, sondern erfolgt auf Grund derselben. Dieselbe muss mit dem Inhalte des Protokolles genau übereinstimmen. Deshalb genügt hier auch die Unterschrift des Gerichtsschreibers, von dem der Vermerk ausgeht. (§ 133 Abs. 1.)

§ 134.

Den Gläubigern streitig gebliebener Forderungen bleibt überlassen, die Feststellung derselben gegen die Bestreitenden zu betreiben. Zu diesem Behufe hat das Gericht den Gläubigern einen Auszug aus der Tabelle in beglaubigter Form zu erteilen.

Auf die Feststellung ist im ordentlichen Verfahren Klage zu erheben. Für die Klage ist das Amtsgericht, bei welchem das

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 10. Okt. 1884, Bolze Bd. I. Nr. 2179, Juristenzeit. Bd. X. S. 101, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. IX. S. 538.

[2]) Vgl. R.-G. 10. Okt. 1884 a. a. O. und R.-G. (II.) 27. März 1885, Bolze Bd. I. Nr. 2182.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 680 Nr. 1 a. E.; Stieglitz S. 536 Anm. c; v. Völderndorff Bd. II. S. 390 Anm. 2; Willenbücher S. 179 Nr. 1 c.

Konkursverfahren anhängig ist und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliesslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichtes gehört.

War zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung derselben durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen.

Die Feststellung kann nur auf den Grund gestützt und nur auf den Betrag gerichtet werden, welcher in der Anmeldung oder dem Prüfungstermine angegeben ist.

Die Bestimmungen des ersten, dritten und vierten Absatzes finden auf Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht zuständig ist, entsprechende Anwendung.

Der Widerspruch gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, ist von dem Widersprechenden zu verfolgen.

Die obsiegende Partei hat die Berichtigung der Tabelle zu erwirken.

(E. § 134; M. S. 364—367; K. S. 92, 93 und 173; pr. K.-O. §§ 227—236.)

I. Klage des anmeldenden Gläubigers. (§ 134 Abs. 1 und 2.)

1. *Leitender Grundsatz.*

Während bezüglich der nicht bestrittenen Forderungen das Feststellungsverfahren durch die Eintragung in die Tabelle vollständig beendigt wird, schliesst hinsichtlich der streitig gebliebenen diese Eintragung wenigstens das gemeinschaftliche Prüfungsverfahren und damit das weitere Verfahren im Konkurse ab. „Der Rechtsstreit und die Parteien sind festgestellt; der Weg für eine prozessualische Entscheidung ist eröffnet. Die prozessualische Austragung aber ist nicht ein Teil des Konkursverfahrens.“ (M. S. 364.) Der Konkursordnung liegt die Auffassung zu Grunde, dass ein gemeinschaftliches „Liquidations- und Prioritätserkenntnis“, welches die Schicksale sämtlicher Gläubiger miteinander verkette, weder notwendig noch zweckmässig sei, dass aber auch kein Bedürfnis bestehe, „die Gläubiger, deren Forderungen streitig geblieben, zur Verfolgung ihrer Ansprüche zu zwingen oder eine Entscheidung über die streitigen Ansprüche von Amts wegen herbeizuführen.“ Demgemäss hat dieselbe sich für das von den meisten neuern Gesetzgebungen, namentlich auch von der preussischen und österreichischen Konkursordnung (§ 229 bezw. 129) bereits eingeführte System der Specialprozesse entschieden, welches jedem Gläubiger seine Selbständigkeit und Unabhängigkeit wahrt. Dieser Grundsatz gilt nach § 134 Abs. 5 auch bei Bestreitung solcher Forderungen, für deren Feststellung ein besonderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde bezw. ein Verwaltungsgericht zuständig ist. Ist aber bezüglich einer solchen Forderung das beanspruchte Vorrecht allein oder neben der Forderung bestritten, so kann für die Feststellung des Vorrechtes nur das ordentliche Gericht zuständig

sein, da in Ansehung dieses Vorrechtes das bürgerliche Recht bezw. die Konkursordnung massgebend ist.[1]) Unterlässt es der Gläubiger, wegen der bestrittenen Forderung Klage zu erheben, so wird die Forderung bei den Verteilungen nicht berücksichtigt. Der Gläubiger bleibt aber deshalb doch Konkursgläubiger, ist sonach den Beschränkungen des § 11 unterworfen und wird durch den Zwangsvergleich (§ 178) betroffen. Eine Frist für Anstellung der Klage hat das Gesetz nicht vorgeschrieben; § 140 giebt aber dem Gläubiger Veranlassung, die Verfolgung seines Rechtes thunlichst zu beschleunigen. Ist eine Forderung teilweise anerkannt, bezw. der Widerspruch für einen Teil der Forderung zurückgenommen, so kann die Feststellungsklage sich nur auf den bestrittenen Betrag erstrecken. Der Gläubiger kann sich nicht darauf berufen, dass der Gegner die Berichtigung der Tabelle auf Grund der Zurücknahme nicht veranlasst habe, denn diese Berichtigung zu veranlassen, war seine Sache.[2])

2. *Klage auf Feststellung ausserhalb des Konkursverfahrens.*

Sofern hinsichtlich der bestrittenen Forderung bereits ein Prozess anhängig ist, bedarf es natürlich einer besondern Klage nicht. Vielmehr ist die Feststellung durch Aufnahme des Prozesses zu verfolgen. (Bem. II. S. 452 ff.) Soweit dies nicht der Fall ist und auch nicht ein vollstreckbarer Titel vorliegt, welcher den Anmeldenden von der Verpflichtung zur Klageerhebung befreit, ist es dagegen Sache der Gläubiger, welche die Feststellung ihrer Forderung im Prüfungstermine nicht haben erlangen können, Klage auf Feststellung zu erheben. Diese Klage ist im „ordentlichen Verfahren" anzubringen. Es kann also nicht im Wege des Urkunden- und Wechselprozesses geklagt werden. Die Anwendung des materiellen Wechselrechtes insbesondere des Art. 82 der Wechselordnung wird dagegen durch § 134 nicht ausgeschlossen. Dass jedem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wurde, ein beglaubigter Auszug aus der Tabelle zu erteilen ist, der die auf dessen Forderung bezüglichen Angaben zu enthalten hat, wurde vorgeschrieben, „um die Kongruenz des ergehenden Urteiles mit der Anmeldung zu sichern." (M. S. 365.) Nach dem Vorgange der preussischen Konkursordnung (§ 229) noch weiter vorzuschreiben, dass jedem Gläubiger von Amts wegen eine Abschrift seiner Anmeldung und des Prüfungsprotokolls erteilt werde, wurde für überflüssig gehalten. Gegenstand des Widerspruchs und demnach des Feststellungsprozesses kann auch der Anspruch eines Konkursgläubigers auf Sicherstellung wegen einer bedingten Forderung sein,[3]) gleichviel ob dieser Gläubiger seinen Anspruch auf § 60 der Konkursordnung oder auf eine Vorschrift des allgemeinen bürgerlichen Rechtes stützt. Letzteres ergiebt sich daraus, dass § 60 die Voraussetzungen für den Anspruch auf Sicherstellung nicht geregelt, sondern es dem bürgerlichen Rechte überlassen hat, dieselben festzusetzen. (Bem. 3 zu § 60 S. 294.) Dagegen trifft § 134 nicht zu, wenn der Verwalter wegen einer dem Gemeinschuldner zustehenden Forderung Klage erhebt, weil dieser Anspruch nicht die Schuldenmasse sondern die Teilungsmasse betrifft, sonach nicht in das Prüfungsverfahren gehört. Es ist ebenso Sache des Verwalters, den Anspruch auf Sicherstellung auf dem Wege der Klage geltend zu machen, wie er bei Geltendmachung der Forderung auf diesen Weg angewiesen ist.

3. *Streitgenossenschaft.*

Während es zur Ausschliessung der bestrittenen Forderung vom Konkursverfahren genügt, dass der Widerspruch eines einzigen Konkursgläubigers oder des Verwalters für begründet erklärt wird, kann die Forderung noch nicht als gerichtlich festgestellt gelten,

[1]) Vgl. Fitting a. a. O. Anm. 24; v. Sarwey S. 690 Nr. 8; Stieglitz S. 546 Nr. V. 4; Willenbücher S. 182 N. 14; bayer. oberst. Landesg. 8. Nov. 1881, Samml. Bd. IX. S. 332 ff. bes. S. 334.

[2]) Vgl. O.-L.-G. Dresden, Ann. des sächs. O.-L.-G. Bd. 8 S. 63 ff.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 683, 684.

wenn mehrere Personen widersprochen haben, aber nur der Widerspruch eines einzigen widersprechenden Gläubigers oder des Verwalters für unbegründet erklärt worden ist. Vielmehr kann die Feststellung erst dann erfolgen, wenn alle erhobenen Widersprüche beseitigt worden sind. (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff. S. 442.) Der Gläubiger hat deshalb das dringendste Interesse daran, gegen alle Personen, welche Widerspruch erhoben haben, gleichzeitig Klage zu erheben und dadurch zu bewirken, dass in einem und demselben Prozesse und durch das nämliche Urteil über die Forderung und das etwa geltend gemachte Vorrecht entschieden wird. Geschieht dies, so sind die Beklagten als Streitgenossen anzusehen, und zwar kommen, da das Rechtsverhältnis des Gläubigers im Konkursverfahren nur in einheitlicher Weise festgestellt werden kann, bezüglich der Streitgenossenschaft die §§ 59 und 434 der C.-P.-O. zur Anwendung.[1]) Selbstverständlich ist übrigens von einer Streitgenossenschaft nicht die Rede, wenn der Widerspruch mehrerer Gläubiger sich auf verschiedene Punkte bezieht, indem z. B. der eine den Grund oder die Höhe der Forderung, der andere das beanspruchte Vorrecht bestreitet. In der Reichstagskommission wurden zwar gegen die Annahme, dass nur eine einheitliche Entscheidung erfolgen könne, Bedenken erhoben. Diese wurden aber mit Recht als unbegründet erklärt. Von Hagens wurde bemerkt: „Nach den Vorschriften der Civilprozessordnung sei zwar nicht ausgeschlossen, dass die Handlung des einen Streitgenossen materiell insofern von Einfluss sei, als sie möglicherweise die Überzeugung des Richters von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache bestimmen könne. Formell könne aber durch die Widersprüche in den Handlungen und Erklärungen der einzelnen Streitgenossen keine Verwirrung entstehen, die Entscheidung müsse vielmehr stets einheitlich erfolgen. Die Civilprozessordnung lasse die Regelung dann einheitlich erfolgen, wenn eine Teilung nicht möglich sei. Die Konkursordnung nehme an, dass ein derartiger Fall vorliege, wenn die Forderung eines Liquidanten von einer Mehrheit bestritten werde, denn die Klage gehe auf Feststellung und die Feststellung könne nicht eher und nicht anders erfolgen, als dass der Widerspruch aller ohne Ausnahme beseitigt sei.“ Von Hauser wurde dann noch zutreffend hervorgehoben: „Wenn es sich um Erfüllung einer Forderung handle, sei eine verschiedene rechtliche Behandlung der Streitgenossen möglich, nicht aber, wenn die Feststellung einer im Konkurse angemeldeten Forderung in Frage stehe. Hier verlangten die widersprechenden Gläubiger etwas Weiteres nicht, als dass die Befriedigung des Liquidanten aus der Konkursmasse nicht erfolge. Die Befriedigung oder Nichtbefriedigung im Konkurse könne nur einheitlich durchgeführt werden; es könne die Forderung nicht einzelnen Gläubigern gegenüber zum Zuge kommen, gegenüber einem andern Gläubiger ausfallen. Daher müsse die rechtskräftige Aberkennung einer Forderung allen Gläubigern gegenüber wirksam sein.“ (K. S. 94, 95.) Ein Antrag von Hullmann, durch welchen ausdrücklich festgestellt werden sollte, dass eine von mehreren bestrittene Forderung nur einheitlich festgestellt werden könne, die Widersprechenden aber zugleich genötigt werden sollten, für die Verfolgung des Widerspruchs einen gemeinschaftlichen Vertreter zu bestellen, wurde zurückgezogen, nachdem Hagens bemerkt hatte, über den ersten Satz des Antrages (die Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung betreffend) könne nach dem Entwurfe und den Motiven eine andere Auffassung nicht Platz greifen; der Antrag könne aber Irrtümer hervorrufen in den Fällen, in welchen der anmeldende Gläubiger nur einige, nicht alle Bestreitenden verklage, oder in welchen nach § 134 Abs. 6 nur von einigen, nicht von allen Widersprechenden der Widerspruch verfolgt werde, was nicht ausgeschlossen sei. „Daraus, dass in dem Falle, in welchem die Feststellung gegen alle Bestreitenden oder von allen Bestreitenden betrieben

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 533; Fitting S. 107 § 12 Anm. 17 und S. 111 § 12 Anm. 33; Meisner S. 312; Meves S. 154; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 112; v. Sarwey S. 686; Schultze, Konkursr. S. 104 ff.; Stieglitz S. 540 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 400; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182; v. Wilmowski S. 374; R.-G. (I.) 29. Sept. 1881, Entsch. Bd. V. S. 413, 414. A. M. Hellmann, Lehrbuch S. 998; Weismann, Feststellungsklage S. 142 ff. und Hauptinterv. S. 152 Anm. 37.

sei, die Feststellung nur „einheitlich“ erfolgen könne, die Streitgenossenschaft also im Sinne des § 59 C.-P.-O. eine „notwendige“ sei, folge noch keineswegs eine Zwangsstreitgenossenschaft in dem Sinne, dass alle gemeinschaftlich verklagt werden oder klagen müssten; dem einzeln Verklagten stehe die Einrede der fehlenden Passivlegitimation nicht zu; ebensowenig könne den einzeln Klagenden die Einrede der fehlenden Aktivlegitimation entgegengesetzt werden. Darum sei auch die im Abs. 2 des Antrages Hullmann enthaltene Kuratel zu verwerfen.“ (K. S. 173 bis 178, insbes. 175.) Den Ausführungen von Hagens muss auch nach der letztern Richtung zugestimmt werden. Nach dem Gesetze steht dem Gläubiger, der sich auch mit den Widersprechenden verständigen und sie zur Zurücknahme des Widerspruches veranlassen kann, das Recht zu, die Beseitigung jedes einzelnen Widerspruches in der ihm angemessen erscheinenden Weise zu erstreben. Ebenso steht es im Belieben jedes Widersprechenden, ob und in welcher Weise er seinen Widerspruch verfolgen will. Die Begründung eines einzigen Widerspruches genügt, um die Forderung vom Konkursverfahren auszuschliessen; dagegen kann die zur Berichtigung der Tabelle ermächtigende „Feststellung“ erst dann erfolgen, wenn alle Widersprüche beseitigt sind. Mit Rücksicht darauf wird es richtiger sein, wenn nicht alle bestreitenden Gläubiger im Prozesse sind, nicht die Feststellung anzuordnen, sondern den Widerspruch für unbegründet zu erklären.[1]) Wenn die Feststellung allen Widersprechenden gegenüber in einem und demselben Verfahren beantragt wird, wirkt zwar das ergehende Urteil, sofern die Forderung allen Parteien gegenüber festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt wird, allen Konkursgläubigern gegenüber. (§ 135.) Trotzdem kann es vorkommen, dass den verschiedenen Widersprüchen eine verschiedene Bedeutung beigelegt, z. B. der eine für begründet erklärt, der andere aber (wegen mangelnder Aktivlegitimation oder wegen Anerkennung des Anspruchs) zurückgewiesen wird. Auch den Gläubigern, welche ihren Widerspruch zurückgezogen haben oder mit demselben zurückgewiesen wurden, kommt es aber zu gut, wenn die endgültige Feststellung nicht erfolgt, z. B. der Verwalter mit der Anfechtung durchdringt. Hat der Gläubiger, dessen Forderung bestritten worden ist, die Klage nicht gegen alle bestreitenden Gläubiger gerichtet, sondern verschiedene Klagen erhoben, oder kommt ausser der erhobenen Klage ein bereits früher anhängiger Prozess in Betracht, den der Gläubiger aufgenommen hat, so können seine Gegner nicht die Einrede der mangelnden Passivlegitimation vorschützen. Sie müssen es sich vielmehr gefallen lassen, dass der Gläubiger zunächst ihren Widerspruch zu beseitigen sucht und die Beseitigung weiterer Widersprüche einem besondern Prozesse vorbehält.[2]) Unterliegt der Gläubiger in diesem Prozesse, so ist seine Forderung für das Konkursverfahren überhaupt beseitigt, da es hierzu genügt, dass ein einziger Widerspruch in Kraft bleibt. Dagegen muss der anmeldende Gläubiger, wenn er in einem solchen Prozesse obsiegt, erst noch die übrigen Widersprüche beseitigen, ehe er zur endgültigen Feststellung bezw. Berichtigung der Tabelle gelangen kann. Die verschiedenen Prozesse können hienach verschieden ausfallen. Unterliegt der anmeldende Gläubiger nur in einem einzigen, so ist er aber vom Konkursverfahren ausgeschlossen. Hieraus ergiebt sich, dass es durchaus im Interesse des Gläubigers liegt, dessen Forderung bestritten wurde, gegen alle Widersprechenden gleichzeitig zu klagen,

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 532, 540; Fitting S. 111 § 12 Anm. 32 und S. 112 (dag. auch S. 107 § 10 Anm. 17); Hellmann, Lehrbuch S. 999; Meisner S. 311; Meves S. 154; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 112, 113; v. Sarwey S. 686 Nr. II. 5 und S. 693; Stieglitz S. 540 Nr. II. und S. 547; v. Völderndorff Bd. II. S. 399 und 410; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182 Nr. 5 b; v. Wilmowski S. 372. A. M. Schultze, Konkursr. S. 104 ff., der annimmt, dass die Feststellung gegenüber einem Gläubiger allen bestreitenden Gläubigern gegenüber wirksam sei.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 532; Hellmann, Lehrbuch S. 998; Meisner S. 312; Meves S. 154; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 112; Schultze, Konkursr. S. 104 ff., bes. S. 109 ff.; Stieglitz S. 540 Nr. II. 5; Wengler S. 557; Willenbücher S. 182 Nr. 5. A. M. Fitting S. 107 und 111 § 12 Anm. 17 und 33; v. Sarwey S. 636; v. Völderndorff Bd. II. S. 400 und 410 Anm 3.

oder doch die Verbindung der verschiedenen Prozesse zu beantragen, dass dagegen die Gegner desselben durch ein anderes Verhalten nicht geschädigt werden können. Das Prozessgericht, bei dem alle in Frage stehenden Prozesse (nach Abs. 2 und 3) anhängig sein müssen,[1]) kann übrigens die verschiedenen Prozesse auch von Amts wegen verbinden (§ 138 C.-P.-O.) und dadurch bewirken, dass über alle Widersprüche gleichzeitig entschieden werden kann. Wird ein Gläubiger, welcher neben andern Personen Widerspruch erhoben hat, allein belangt, so können die übrigen Konkursgläubiger, welche ein rechtliches Interesse an der Entscheidung haben, dem Widersprechenden als Nebenintervenienten beitreten. (§ 63 C.-P.-O.) Ein bevorrechtigter Gläubiger, dessen Interesse durch die Zulassung der streitigen Forderung nicht berührt wird, ist hiezu nicht befugt. Dagegen haben die übrigen Konkursgläubiger ein rechtliches (nicht bloss thatsächliches) Interesse an der Entscheidung, da die Feststellung zu ihrem Nachteile, die Zurückweisung der Forderung zu ihren Gunsten wirkt (Bem. 1 zu § 135 S. 460), sonach durch die Entscheidung ihre Rechtsverhältnisse berührt werden.[2]) Ein bereits anhängiger Prozess kann auch gleichzeitig gegen den Gemeinschuldner und den Verwalter oder einen widersprechenden Gläubiger aufgenommen werden (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff. S. 445). In diesem Falle ist der Gemeinschuldner Streitgenosse des Verwalters bezw. des widersprechenden Gläubigers.[3])

4. *Zuständigkeit.*

Mit dem „gemeinschaftlichen Klassifikationsurteil" fiel die Notwendigkeit hinweg, sämtliche Specialprozesse vor das Konkursgericht zu ziehen, was auch nach der Verweisung der Konkurse vor den Einzelrichter unthunlich gewesen wäre. Die Konkursordnung lässt die sogenannte „vis attractiva" des Konkurses nur in beschränkter, jedoch für das praktische Bedürfnis ausreichender Weise eintreten. Sie verweist die nicht vom Rechtswege vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossenen oder nicht bereits vor der Eröffnung des Konkurses rechtshängig gewordenen Sachen vor das für den Ort des Konkurses dem Gegenstande nach zuständige Gericht. (§ 134 Abs. 2.) Die sachliche Zuständigkeit des Amts- und des Landgerichtes bleibt unberührt. (M. S. 365.) Da der durch Abs. 2 festgesetzte Gerichtsstand ein „ausschliesslicher" ist, kann ein anderes Gericht auch durch Vereinbarung nicht zuständig werden, über die Feststellung der Forderung zu entscheiden, und kann auch die Entscheidung eines Schiedsgerichtes nicht genügen, um die Feststellung mit Wirkung für alle Konkursgläubiger zu bewirken.[4]) Nur insoweit ist Raum für die Bestellung eines Schiedsgerichtes, als der bestreitende Verwalter oder Gläubiger sich verpflichtet, wenn dieses gegen ihn entscheidet, seinen Widerspruch zurückzuziehen. In den Motiven (S. 365) wurde die Ausschliessung der Zuständigkeit des Handelsgerichtes damit gerechtfertigt, dass die Feststellungsklage gegen den Gemeinschuldner und gegen den bestreitenden Verwalter oder Gläubiger nicht aus deren Geschäften zu erheben, im übrigen auch eine ausnahmsweise Zuständigkeit des Handelsgerichtes nicht zweckmässig sei. Der erste Grund führt dazu, dass die betreffenden Prozesse nicht bei den Kammern für Handelssachen zu verhandeln sind.[5]) Auf die Fälle, in welchen nicht der anmeldende Gläubiger Klage auf Feststellung, sondern der Verwalter oder ein Gläubiger gegen die mit einem vollstreckbaren Titel versehene Forderung des Gläubigers Widerspruch erhebt (§ 134 Abs. 6),

[1]) Vgl. Baur im württemb. Gerichtsbl. Bd. 19 S. 326; v. Sarwey S. 687; Willenbücher. S. 182 Nr. 5 b.

[2]) Vgl. Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 111; Wengler S. 545, 552. A. M. ist hinsichtlich der Konkursgläubiger, welche keinen Widerspruch erhoben haben, v. Wilmowski S. 367.

[3]) Vgl. Kohler, der Prozess als Rechtsverhältnis S. 104; Stieglitz S. 541 Nr. II. 5 b; S. 543 Nr. III.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 688; v. Wilmowski S. 368. A. M. ist v. Völderndorff Bd. II. S. 403.

[5]) Vgl. Fitting S. 109 § 12 Anm. 22; v. Sarwey S. 688; Stieglitz S. 539 Nr. II. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 404; Willenbücher S. 182 Nr. 3; v. Wilmowski S. 368.

findet die Vorschrift des Abs. 2 keine Anwendung. (Bem. IV. 2 S. 459.) Ebenso ist die Zuständigkeit der in diesem Absatze erwähnten Gerichte nicht begründet, soweit bezüglich der Entscheidung ein besonderes Gericht (§ 14 G.-V.-G. bezw. ein Verwaltungsgericht) oder eine Verwaltungsbehörde zuständig ist. Sofern sich diese Zuständigkeit nur auf das Bestehen der Forderung, nicht auf dasjenige eines Vorrechtes erstreckt, hat aber hierüber das in Abs. 2 erwähnte Gericht zu erkennen. (Bem. I. S. 447.) In § 234 der preussischen Konkursordnung war ausdrücklich gesagt, dass das Konkursgericht zunächst über das streitige Vorrecht entscheide. Auch ohne eine derartige Bestimmung muss aber Abs. 2 des § zur Anwendung kommen, soweit nicht die Voraussetzungen des Abs. 5 zutreffen.

II. Aufnahme eines bereits anhängigen Prozesses. (§ 134 Abs. 3.)

1) War über die streitige Forderung schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ein Rechtsstreit anhängig, und ist also dieser durch die Konkurseröffnung nach § 218 C.-P.-O. unterbrochen worden, so ist die Feststellung der Forderung durch Aufnahme des Rechtsstreites zu verfolgen. Der Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, kann in diesem Falle den Prozess nur bei demjenigen Gerichte aufnehmen, bei welchem derselbe rechtshängig ist, nicht etwa, statt diesen Prozess aufzunehmen, eine neue Klage erheben. Dieser Satz gilt auch dann, wenn nicht der Verwalter, sondern ein anderer Gläubiger Widerspruch erhoben hat, und erleidet auch in denjenigen Fällen keine Ausnahme, in welchen eine Kammer für Handelssachen mit dem Prozesse befasst ist. Der Rechtsstreit ist vor dieser zu verhandeln, nicht an eine Civilkammer zu verweisen.[1]) Ebenso verhält es sich, wenn ein Zahlungsbefehl erwirkt oder die Klage im Urkundenprozesse erhoben worden war. Im letztern Falle wird jedoch der Prozess in das ordentliche Verfahren überzuleiten sein (§ 559 C.-P.-O), weil im Urkundenprozesse nach den §§ 562, 563 der C.-P.-O. eine endgültige Entscheidung nicht erfolgen könnte. Gleichzeitige Aufnahme des Prozesses allen Bestreitenden gegenüber ist nicht unbedingt erforderlich, da der Prozess dem Gemeinschuldner gegenüber anhängig bleibt, sonach die Aufnahme nachgeholt werden kann. Die Passivlegitimation des Gläubigers kann von dem vereinzelt angegriffenen Bestreitenden hier so wenig als im Falle der Klageerhebung bestritten werden. In den erwähnten Fällen hat der Gläubiger an Stelle des Gemeinschuldners den bestreitenden Verwalter sowie die bestreitenden Mitgläubiger laden zu lassen und seine frühern Anträge der durch die Konkurseröffnung und die stattgefundene Prüfung veränderten Rechtslage anzupassen; handelt es sich jetzt noch um ein streitig gewordenes Vorrecht, so ist eine Erweiterung des Antrages auch in dieser Richtung mit Rücksicht auf § 240 C.-P.-O. zweifellos zulässig. (M. S. 365, 366.) Die Vorschrift des Abs. 2 bleibt hienach ausser Anwendung, sofern zur Zeit der Konkurseröffnung bereits ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig war. Dagegen gilt Abs. 4 auch für derartige Prozesse. (Bem. III. S. 454 ff.)

2) Der Verwalter und die widersprechenden Gläubiger sind zur Aufnahme des anhängigen Prozesses ebensowenig befugt, wie sie in andern Fällen gegen den anmeldenden Gläubiger Klage erheben können. Der in § 134 Abs. 1 aufgestellte allgemeine Grundsatz findet auch auf die unter Abs. 3 gehörigen Fälle Anwendung. Dies ergiebt sich auch daraus, dass von einem Verfolgen der Feststellung nur bei dem anmeldenden Gläubiger die Rede sein kann.[2]) § 217 der C.-P.-O. kann hier nicht zur Anwendung kommen. (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff. S. 445).[3]) Sofern der Prozess gegen den Verwalter aufgenommen wird, handelt dieser als Vertreter des Gemeinschuldners. (Bem. II. 1 zu § 5.) Das von ihm oder gegen ihn erstrittene Urteil kann aber, da seine Vertretungsbefugnis eine begrenzte ist und

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 688 Nr. 6; Stieglitz S. 541 Anm. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 406; Willenbücher S. 183 Nr. 11; v. Wilmowski S. 368.

[2]) Vgl. R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 358 ff.

[3]) Vgl. noch das in der vorigen Anm. angeführte Urt. des R.-G. und Meisner S. 307 Anm. 2.

er lediglich den Zweck verfolgt, einen nach seiner Meinung Unberechtigten von der Teilnahme am Konkursverfahren abzuhalten, nur insoweit Wirkungen äussern, als es sich um das Konkursverfahren und um die Konkursmasse handelt. Soweit von einem Gläubiger Widerspruch erhoben worden war, ergiebt sich infolge der in § 134 Abs. 3 enthaltenen Vorschrift eine ganz eigentümliche Gestaltung des Prozesses. Diese bereitet in Ansehung der Konstruktion der Parteiverhältnisse erhebliche Schwierigkeiten, welche auf keinem der vorgeschlagenen Wege vollständig befriedigend gelöst werden können. Es tritt hier (ähnlich wie bei Anwendung des § 13 des Anfechtungsgesetzes ein Wechsel in der Rolle des Klägers eintritt) ein neuer Beklagter ein, indem der Prozess gegen eine Person weitergeführt wird, gegen welche die Klage nicht erhoben worden ist. Da der Gemeinschuldner in dem aufgenommenen Prozesse Partei und Gegner des Aufnehmenden ist, liegt es nahe, die bestreitenden Gläubiger als Nebenintervenienten des Gemeinschuldners zu behandeln.[1]) Als solche sind dieselben aber nicht anzusehen, da sie die Absicht, dem Gemeinschuldner als Nebenintervenienten beizutreten, weder ausgesprochen haben noch hegen, auch nicht freiwillig zur Unterstützung des Gemeinschuldners, sondern als Hauptparteien in den Prozess eintreten, in welchen sie durch den Gläubiger, dessen Forderung sie bestritten haben, gezogen werden. Die Ansicht, dass die widersprechenden Gläubiger als Nebenintervenienten des Gemeinschuldners anzusehen seien, würde sich jedenfalls nur dann halten lassen, wenn man annehmen könnte, dass § 66 der C.-P.-O. zur Anwendung komme, sonach die widersprechenden Gläubiger als Streitgenossen des Gemeinschuldners (als der Hauptpartei) anzusehen seien; denn die dem Nebenintervenienten durch § 64 der C.-P.-O. zugewiesene Stellung passt in keiner Weise für die widersprechenden Gläubiger, welche in ihrem Verhalten ganz unabhängig sind und ihren Widerspruch gegen den Willen des Gemeinschuldners und des Verwalters erheben und aufrechthalten können. Aber auch die Voraussetzungen des § 66 liegen in dem hier gegebenen Falle nicht vor, da die Feststellung der Forderung gegenüber dem Gemeinschuldner, der seinen Widerspruch zurückziehen kann, dem Widerspruch der Gläubiger seine Wirkung nicht entzieht, ja es vorkommen kann, dass sowohl der Gemeinschuldner als der Verwalter die Forderung im Konkursverfahren überhaupt nicht bestreiten und sich deshalb an der Weiterführung des Prozesses gar nicht beteiligen. Abgesehen davon kann es vorkommen, dass der Verwalter mit seinem Anspruche auf Grund einer Anfechtung durchdringt, während der Widerspruch der Gläubiger als unbegründet erscheint. Wenn auch die Frage, ob die Forderung („das streitige Rechtsverhältnis") festgestellt und in die Tabelle eingetragen werden soll, nur in einheitlicher Weise entschieden werden kann, so wirkt doch die Entscheidung, durch welche der einzelne Widerspruch für unbegründet erklärt wird, nur der zurückgewiesenen Partei gegenüber. Eine weiterhin mögliche Konstruktion besteht darin, dass man die widersprechenden Gläubiger als Vertreter des Gemeinschuldners ansieht, welchen kraft Gesetzes die Wahrung von dessen Interessen neben dem Verwalter oder an Stelle des Verwalters obliege.[2]) Aber auch diese Annahme erscheint als unhaltbar, da sie sich nicht mit der selbständigen Stellung der widersprechenden Gläubiger verträgt, welche (hier wie in den durch Abs. 2 geregelten Fällen) in eigenem Interesse und in eigenem Namen den Gläubiger, dessen Forderung sie bestreiten, von den Verteilungen fernhalten wollen und ihren Widerspruch auch dann erheben und festhalten dürfen, wenn der Verwalter und der Gemeinschuldner selbst Widerspruch nicht erheben oder denselben zurücknehmen. Bei dieser Sachlage bleibt nur die Annahme übrig, dass die widersprechenden Gläubiger als Beklagte in den bereits anhängigen Prozess hineingezogen werden dürfen, in welchem sie neben dem Gemeinschuldner bezw. neben dem Verwalter oder an Stelle des erstern in der Eigenschaft von selbständigen Parteien auftreten.[3]) Für diese Auffassung

[1]) So v. Wilmowski S. 368 Nr. 5.

[2]) So Fitting S. 108, 111 und 113 § 12 Anm. 19, 33 und 37.

[3]) So im wesentlichen Schultze, Konkursr. S. 102 ff. Vgl. dagegen Kohler, Prozess als Rechtsverh. S. 92, der auf Grund der Pfandrechtstheorie zu andern Ergebnissen gelangt.

spricht auch, dass die Konkursordnung den widersprechenden Gläubigern im allgemeinen die selbständige Stellung eingeräumt hat, welche denselben hier zugewiesen wird, und dass nicht ohne zwingende Gründe angenommen werden kann, dieselben sollten, falls ein Rechtsstreit anhängig ist, der sie an sich nichts angeht und von dessen Bestehen sie vielleicht bei Erhebung ihres Widerspruches gar keine Kenntnis hatten, eine durchaus verschiedene Stellung als in denjenigen Fällen einnehmen, in welchen gegen sie gemäss § 134 Abs. 2 eine besondere Klage erhoben wird. Nach der dargelegten Auffassung hat der Umstand, dass bereits ein Rechtsstreit anhängig ist, für die widersprechenden Gläubiger eine wesentlich formale Bedeutung. Sie können sich in demselben ebenso frei bewegen, wie wenn sie nach § 134 Abs. 2 verklagt worden wären. Aber diese Stellung entspricht auch der Natur der Sache und den übrigen Vorschriften der Konkursordnung. Man wird sagen dürfen, dass es einfacher und besser gewesen wäre, § 134 Abs. 3, der noch mit den früher herrschenden Successionsvorstellungen zusammenhängt,[1]) wegzulassen oder dessen Anwendung auf diejenigen Fälle zu beschränken, in welchen der Verwalter Widerspruch erhoben hat. Die Auslegung hat aber nur mit den gegebenen Vorschriften zu rechnen.

Für alle Fälle, in welchen Abs. 3 des § zur Anwendung kommt, gilt der Satz, dass der Widersprechende in den Prozess in der Lage eintreten muss, in welcher derselbe sich zur Zeit der Aufnahme befindet, und dass insbesondere diese Aufnahme in der Rechtsmittelinstanz zu erfolgen hat, wenn der Rechtsstreit in einer solchen schwebt. Dies entspricht zwar an sich der Stellung der Gläubiger nicht, deren Widerspruchsrecht selbständig ist. Der Satz ergiebt sich aber daraus, dass nicht ein neuer Prozess eingeleitet, sondern nur der anhängige Rechtsstreit aufgenommen wird. Der Gegenstand des Prozesses und der Entscheidung bleibt, obgleich nun um die Begründung des Widerspruches gestritten wird, im wesentlichen derselbe. Es ist festzustellen, ob die angemeldete und bestrittene Forderung zu Recht besteht und demnach im Konkursverfahren zu berücksichtigen ist.

3) Der Fall, dass der Gläubiger seine Forderung auf einen andern als denjenigen Schuldgrund stützt, den er im anhängigen Prozesse geltend gemacht hat, kann nicht vorkommen, weil es sich dann um Anmeldung einer andern (neuen) Forderung handeln, sonach nicht Abs. 3 sondern Abs. 2 Anwendung finden würde. Der Antrag des Gläubigers, der nun Feststellung seiner Forderung (für das Konkursverfahren) bezw. Verwerfung des Widerspruches zu beantragen hat, erfährt dagegen allerdings eine Änderung. (Bem. III. 1 S. 454, 455.) Dass der den Prozess aufnehmende Gläubiger, wenn das Bestehen der Forderung bestritten worden ist, durch Erweiterung der Klage (gemäss § 240 der C.-P.-O.) zugleich Feststellung des im Konkursverfahren beanspruchten und gleichfalls bestrittenen Vorrechtes beantragen kann, wird nicht zu bezweifeln sein. (Vgl. oben S. 449.) Dagegen kann Abs. 3 nicht zur Anwendung kommen, wenn lediglich das beanspruchte Vorrecht bestritten worden ist, denn in diesem Falle handelt es sich um einen ganz andern Streitgegenstand als in dem anhängigen Prozesse. Die Voraussetzungen des Abs. 3, der nur für den Fall, dass die Forderung festgestellt werden soll, die Aufnahme des anhängigen Prozesses vorsieht, liegen dann nicht vor.

III. Anträge und Entscheidung bezüglich der Feststellung. (§ 134 Abs. 4.)

1) Für die Anträge in dem angestellten oder dem aufgenommenen Specialprozesse müssen im allgemeinen die materiellen Vorschriften der Konkursordnung massgebend sein. Demgemäss kann nicht auf Verurteilung zur Zahlung, sondern nur auf Feststellung der Forderung nach einem bestimmten Betrage mit oder ohne Vorrecht angetragen werden. Ebenso würde eine auf Leistung einer Handlung statt auf das Geldinteresse gerichtete Klage eines Konkursgläubigers unstatthaft und ein hierauf ergangenes Urteil unausführbar sein. (M. S. 366.)

[1]) Vgl. Schultze a. a. O.

Der zu stellende Antrag ist ein Feststellungsantrag im Sinne des § 231 der C.-P.-O. und die Klage erhält durch den zu stellenden Antrag den Charakter einer Feststellungsklage.[1]) Das Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist hier durch die Thatsache, dass ein Konkursverfahren besteht, in Verbindung mit den Vorschriften der Konkursordnung gegeben, nach welchen nur Feststellung, nicht Leistung verlangt werden kann; jedenfalls wird das Interesse durch diese Vorschriften ersetzt, durch welche die Gläubiger zu einer Feststellungsklage nicht bloss ermächtigt, sondern sogar genötigt werden. Gegenstand der Feststellung ist das bestrittene Forderungsverhältnis, auf welches der Gläubiger seinen Anspruch auf Zulassung zum Konkursverfahren stützt, sei es im ganzen, sei es in einer bestimmten Richtung (Unbedingtheit, Verzinslichkeit, Eigenschaft als Konkursforderung oder als bevorrechtigte Forderung u. s. w.) Allerdings wird die Feststellung hier nicht dem Schuldner oder doch nicht lediglich dem Schuldner gegenüber beantragt. Aber abgesehen davon, dass auch § 231 der C.-P.-O. nicht voraussetzt, dass die Feststellungsklage einer am Rechtsverhältnisse unmittelbar beteiligten Person gegenüber erhoben werde,[2]) sondern in der Regel nur das Feststellungsinteresse bei andern Personen fehlt, ist hier der Umstand entscheidend, dass es sich bei dem zu stellenden Antrage und dem ergehenden Urteile nach den ausdrücklichen Vorschriften der §§ 134 (Abs. 1—5) und 135 lediglich um Feststellung handelt, eine Leistung gar nicht verlangt werden darf. Der von Rocholl als „Konkursanspruch" bezeichnete Anspruch auf Teilnahme am Konkursverfahren bildet nicht den unmittelbaren Gegenstand des Streites. Es ist vielmehr über ein Rechtsverhältnis zu entscheiden, das die Voraussetzung für diese Teilnahme bildet. Dies ergiebt sich auch aus den Vorschriften über die Zuständigkeit (besonders aus § 134 Abs. 5), die sich nur dadurch erklären, dass in der Hauptsache gerade dasjenige Rechtsverhältnis festgestellt werden soll, auf Grund dessen der Gläubiger auch ausserhalb des Konkursverfahrens seine Befriedigung fordern kann. Auch aus Abs. 6 kann nicht (wie Rocholl annimmt) ein Grund gegen die hier vertretene Auffassung entnommen werden, denn soweit bereits eine rechtskräftige Feststellung vorliegt, soll diese Vorschrift nur die Möglichkeit einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder der Anfechtung nach den §§ 22 ff. gewähren. Diese Rechtsbehelfe sind aber auch in Ansehung von Feststellungsurteilen zulässig. Ebensowenig kann der Umstand entscheiden, dass der obsiegende Gläubiger auf Grund der Feststellung Befriedigung d. h. Berücksichtigung bei den Verteilungen verlangen kann, denn abgesehen davon, dass nicht das Urteil an sich, sondern die Eintragung in die Tabelle, welche auch auf Grund der Anerkennung im Prüfungstermine erfolgen kann, diesen Anspruch verschafft, kann auf Grund des Urteils nicht von dem widersprechenden Gläubiger Befriedigung durch eine von diesem ausgehende Handlung gefordert werden. Es wird insbesondere dem widerstreitenden Gläubiger gegenüber ebensowenig Befriedigung verlangt, wie dies bei dem Streite zwischen mehreren Forderungsprätendenten der Fall ist, bezüglich dessen auch Wach (a. a. O. S. 39) anerkennt, der Anspruch werde nicht als ein „befriedigungsbedürftiger" erhoben. Dass das Feststellungsurteil präjudiziell für den Anspruch auf Teilnahme am Konkursverfahren ist, entzieht demselben seine Bedeutung hier ebensowenig, wie bei andern Feststellungsklagen z. B. Statusklagen, bei denen diese präjudizielle Bedeutung gleichfalls sehr häufig gegeben ist.[3]) Da eine Verurteilung zur Befriedigung des Gläubigers in keinem Falle erfolgt, sondern durch die Vorschriften der Konkursordnung ausgeschlossen ist, könnte die

[1]) Vgl. Kohler in der krit. V.-J.-Schr. Bd. 22 S. 383; Meves S. 153; v. Völderndorff Bd. II. S. 395 lit. c; Wendt im Arch. für civ. Pr. Bd. 70 S. 36. A. M. Hellmann, Lehrbuch S. 377 a. E. (vgl. dagegen S. 998); Rocholl in Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 408 ff.; v. Sarwey S. 685 Nr. 4; Wach, der Feststellungsanspruch S. 41, 42; v. Wilmowski S. 353, 366 Nr. 3; Weismann, Feststellungsklage S. 142 ff.; Struckmann-Koch C.-P.-O Bem. 2 zu § 231 S. 245; v. Wilmowski und Levy ebendaselbst Bem. 6 S. 345.

[2]) Vgl. Loth. Seuffert, C.-P.-O. S. 283, 284. A. M. Förster, C.-P.-O. Bd. I. S. 391; Struckmann-Koch § 231 Bem. 3 S. 246.

[3]) Vgl. Wendt a. a. O.

Ansicht, dass es sich um eine Leistungsklage handle, nur dann als zutreffend angesehen werden, wenn der Klageantrag und das ergehende Urteil die Fassung erhalten müssten, dass die Beklagten zu verurteilen seien, ihren Widerspruch zurückzunehmen oder die Berichtigung der Tabelle zu dulden. Das ist aber nach den Vorschriften der Konkursordnung nicht der Fall. Vielmehr ist im Urteil lediglich die Forderung festzustellen und ist es nach § 134 Abs. 7 Sache des obsiegenden Gläubigers, auf Grund der dahin lautenden für die Teilnahme am Konkursverfahren präjudiziellen Entscheidung die Berichtigung der Tabelle durch das Konkursgericht zu veranlassen.

Der erhobene Widerspruch verliert infolge des ergangenen Urteils von selbst seine Kraft[1]) und der obsiegende Gläubiger hat nun dieselbe Stellung, wie diejenigen Gläubiger, deren Forderungen überhaupt nicht bestritten worden sind. Der Antrag des klagenden oder den Prozess aufnehmenden Gläubigers und die Urteilsformel sind nach dem Gesagten nicht auf Verurteilung zur Zurücknahme des Widerspruchs, sondern lediglich darauf, dass derselbe für unbegründet erklärt oder die Forderung festgestellt werde, zu richten. Die letztere Form ist dem Urteile dann zu geben, wenn allen Widersprechenden gegenüber in einem Urteile entschieden wird, oder die übrigen Widersprüche bereits beseitigt sind. Dagegen passt die Formel, dass der Widerspruch für unbegründet erklärt wird, besser, wenn nur der Widerspruch eines Gläubigers in Frage steht, dessen Beseitigung die Feststellung der Forderung bezw. Eintragung in die Tabelle noch nicht zur Folge hat. (Bem. I. 3 S. 450.) Ob das Urteil in der einen oder andern Weise gefasst wird, ist übrigens nicht von praktischer Bedeutung, da der Sinn desselben in beiden Fällen der nämliche ist. In beiden Fällen muss die Tabelle dann, aber auch erst dann, berichtigt werden, wenn feststeht, dass kein Widerspruch mehr in Kraft ist. Zu demselben Ergebnisse gelangt man auch, wenn entgegen den Vorschriften der §§ 134 und 135 die Beklagten lediglich zur Zurücknahme des Widerspruches verurteilt werden, also ein Leistungsurteil ergeht, weil dann § 779 der C.-P.-O. Anwendung findet. Aber eine solche Urteilsformel entspricht den gesetzlichen Vorschriften nicht. Wenn in getrennten Prozessen über die Feststellungsanträge bezw. Widersprüche verhandelt und entschieden worden ist, was thunlichst und soweit möglich durch Anwendung des § 138 der C.-P.-O. (Bem. I. 3 S. 451) zu vermeiden sein wird, und die Urteilsformel auf Feststellung der Forderung gerichtet wird, so ist selbstverständlich diese Feststellung nur in Ansehung der Parteien wirksam. Es kann sonach die Eintragung in die Tabelle dessenungeachtet erst erfolgen, wenn auch der von andern Personen erhobene Widerspruch beseitigt ist. Angemessen ist es übrigens, in solchen Fällen ausdrücklich zu sagen, dass die Forderung dem oder den Beklagten gegenüber festgestellt werde. Unterliegt der Kläger einem oder mehreren Beklagten gegenüber, so ist (nach § 135) deren Widerspruch für begründet zu erklären. Es wird aber an der Sache nichts geändert, wenn die Klage dem oder den Beklagten gegenüber „abgewiesen“ wird. In dem einen wie in dem andern Falle ist eine Berichtigung der Tabelle ausgeschlossen, wenn auch nur ein Beklagter mit seinem Widerspruche durchdringt. (Bem. II. 1 zu § 129 ff. S. 442.)

2) Die Feststellung hat sich innerhalb der durch den Prüfungstermin abgesteckten Grenzen der Anmeldung zu halten. Es darf keine Konkursforderung zur Klage gestellt werden, welche nicht der vorschriftsmässigen Prüfung unterworfen ist. Dies würde aber der Fall sein, wenn in dem Specialprozesse eine Erweiterung der Forderung nach ihrem Betrage oder Vorrechte, oder auch nur eine Änderung des das Wesen der Forderung bestimmenden Schuldgrundes zulässig wäre. Auch nach der preussischen Konkursordnung wurde angenommen, dass die Identität der eingeklagten mit der angemeldeten Forderung nicht durch Unterschiebung eines andern Klagegrundes in Zweifel gestellt werden dürfe.[2])

[1]) Vgl. hiezu Kohler a. a. O. A. M. sind: v. Sarwey S. 685 a. E.; Stieglitz S. 540 Nr. II. 5; v. Wilmowski S. 373.

[2]) Vgl. Urt. des R.-O.-H.-G. vom 27. April 1872 Bd. 5 Nr. 101 S. 424 ff.; ferner v. Sarwey S. 689; v. Völderndorff Bd. II. S. 406, 407.

Hat ein Gläubiger seiner Anmeldung einen unrichtigen Klagegrund unterlegt, so steht ihm nur der Weg einer neuen Anmeldung offen, durch welche er auch etwaige Erweiterungen seiner bestrittenen Forderung nach Betrag und Vorrecht, dem Grundsatze des § 10 entsprechend, zunächst geltend zu machen hat. (M. S. 366.) Sofern der Grund des erhobenen Anspruches unverändert bleibt, ist es dagegen nach § 240 der C.-P.-O. gestattet, das thatsächliche Vorbringen zu ergänzen oder zu berichtigen. In diesem Sinne wurde erkannt, dass die Ehefrau des Gemeinschuldners, welche eine Forderung wegen ihres ursprünglichen Einbringens angemeldet hatte, im Prozesse nachträglich geltend machen dürfe, sie habe ihr in einem frühern Konkursverfahren vom Verwalter zurückgegebenes Einbringen nach Erledigung dieses Verfahrens dem Ehemanne neuerdings übergeben.[1]) Ferner wurde ausgesprochen, dass der Gläubiger, welcher eine Forderung als unbedingte angemeldet habe, im Prozesse geltend machen könne, dieselbe sei mindestens als eine bedingte zu berücksichtigen.[2]) Ebenso wie in diesen Fällen liegt die Sache, wenn im Konkursverfahren eine Darlehensforderung angemeldet wurde, später aber ausgeführt wird, die Forderung habe ursprünglich auf einem andern Schuldgrunde beruht und sei später in eine Darlehensforderung umgewandelt worden.[3]) (Vgl. Petersen, Kommentar zur C.-P.-O. Bem. I. zu §§ 240 ff. S. 403 ff.) Die im Prüfungstermine vorgebrachten Bestreitungsgründe sind, wie bereits früher dargelegt wurde (Bem. I. 2 zu §§ 129 ff. S. 437), für die Beklagten nicht massgebend. Wird dem Kläger gegenüber mit Erfolg geltend gemacht, dass dessen Forderung zwar zu Recht bestehe, aber keine Konkursforderung sei (vgl. §§ 2 und 56 K.-O.), so ist der Widerspruch für begründet zu erklären bezw. die Feststellungsklage abzuweisen. Derartige Forderungen können in die Tabelle nicht eingetragen werden. Im übrigen fehlt aber die Passivlegitimation des Verwalters und der widersprechenden Gläubiger bezüglich der Feststellungsklage. Den widersprechenden Gläubigern gegenüber kann der Kläger, sofern deren Forderungen noch nicht im Prüfungstermine erörtert und in die Tabelle eingetragen worden sind, auch geltend machen, dass ihnen eine Forderung oder doch eine Konkursforderung nicht zustehe. Der widersprechende Gläubiger muss dann seine Eigenschaft als Konkursgläubiger nachweisen und kann zu diesem Zwecke nach § 253 der C.-P.-O. Widerklage auf Feststellung seiner Forderung erheben. Gelingt ihm der Nachweis seiner Forderung nicht, so ist ihm gegenüber die Forderung festzustellen oder der Widerspruch für unbegründet zu erklären. Die Vorschriften des Abs. 4 finden sowohl dann Anwendung, wenn ein Rechtsstreit vor einem ordentlichen Gerichte anhängig gemacht oder aufgenommen wurde, als auch dann, wenn ein besonderes Gericht oder eine Verwaltungsbehörde oder ein Verwaltungsgericht die Forderung festzustellen hat. (Abs. 5.) Dagegen gelten sie, wie sich aus der Stellung des § ergiebt, nicht für diejenigen Fälle, in welchen auf Grund des Abs. 6 Widerspruch erhoben wird. (Vgl. Bem. IV. 2 S. 458 und Mot. a. a. O.)

IV. Widerspruch gegen Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Titel oder ein Endurteil vorliegt. (§ 134 Abs. 6.)

1) Forderungen, für welche der anmeldende Gläubiger schon vor der Konkurseröffnung einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat, unterliegen dem allgemeinen Prüfungsrechte der Gläubiger sowie dem Anfechtungsrechte. Auch bezüglich ihrer wird ein noch anhängiger Rechtsstreit durch die Konkurseröffnung unterbrochen. Ferner müssen sie, wie die übrigen Konkursforderungen, angemeldet und geprüft werden und werden durch den Widerspruch des Verwalters oder eines Gläubigers „streitig" im Sinne des Gesetzes. Der Gläubiger ist aber nicht verpflichtet, den gegen seine Forderung erhobenen Widerspruch

[1]) Vgl. R.-G. (VI.) 6. Mai 1886, Bolze Bd. III. Nr. 1516.

[2]) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe 30. Jan. 1882, bad. Ann. Bd. 1884 S. 357, Juristenzeit. Bd. X. S. 231.

[3]) Vgl. R.-G. (II.) 22. Nov. 1883, Entsch. Bd. X. S. 395; O.-L.-G. Rostock 6. März 1882, Meckl. Zeitschr. Bd. II. S. 112 und Seufferts Arch. Bd. 39 S. 255, 256.

zu beseitigen, damit er zur Verteilung zugelassen werden kann. Vielmehr ist es Sache der Widersprechenden, ihren Widerspruch vor dem zuständigen Gerichte und durch Geltendmachung der ihnen zu Gebote stehenden prozessualischen Mittel zu rechtfertigen. Der vor der Konkurseröffnung erlangte vollstreckbare Schuldtitel ist an sich rechtsgültig und massgebend auch gegenüber den Konkursgläubigern. Ebenso wie diejenigen Forderungen, für welche ein vollstreckbarer Titel besteht, sind diejenigen zu behandeln, bezüglich deren ein *nicht vollstreckbares* (noch nicht rechtskräftiges und nicht für vorläufig vollstreckbar erklärtes) *Endurteil* vorliegt. Dies ergiebt sich daraus, dass im Gesetze die Endurteile ohne Beschränkung und neben den vollstreckbaren Schuldtiteln erwähnt worden sind. Wenn sich die Vorschrift bloss auf vollstreckbare Urteile bezöge, wäre eine besondere Erwähnung der Endurteile überflüssig gewesen.[1]) Ein *rechtskräftiges* Endurteil ist nur der Nichtigkeits- oder Restitutionsklage des widersprechenden Verwalters oder Gläubigers, oder, sofern dem Urteile eine anfechtbare Rechtshandlung zu Grunde liegt, der gegen diese gerichteten Anfechtungsklage des Verwalters ausgesetzt. Deshalb wurden die Aufnahme des Rechtsstreites sowie die Einlegung des Einspruches oder Rechtsmittels und die Fortsetzung des Streites zur Hauptsache an Stelle des Gemeinschuldners dem widersprechenden Verwalter oder Gläubiger auferlegt. (M. S. 367.) Dass neben dem Endurteile und der vollstreckbaren Urkunde auch der Vollstreckungsbefehl erwähnt wurde, hat darin seinen Grund, dass die Civilprozessordnung (§ 640) denselben einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteile gleichstellt. Auf *bedingte* Endurteile (§§ 425 ff. der C.-P.-O.) findet Abs. 6 keine Anwendung, weil dieselben weder den Anspruch feststellen noch jemals Vollstreckbarkeit erlangen können, demnach auch nicht wie andere Endurteile den vollstreckbaren Titeln gleichgestellt werden dürfen.[2])

2) Die *Art und Weise*, in welcher der Widerspruch zu verfolgen ist, hängt davon ab, welche Angriffsmittel dem Widersprechenden zu Gebote stehen. Es ist der in Frage stehende Schuldtitel in der Weise anzugreifen, welche den Vorschriften der Civilprozessordnung oder der Konkursordnung entspricht und in dieser Weise der vollstreckbare Titel, welcher dem Gläubiger zur Seite steht, zu beseitigen. Gelingt dies, so steht damit in der Regel auch fest, dass die Forderung selbst unbegründet ist. „Soweit der Widerspruch für begründet gefunden wird, fällt die Konkursforderung hinweg; mit der Zurückweisung und Beseitigung des Widerspruches ist die Forderung für festgestellt zu halten.“ (M. S. 367.) Der erste Fall liegt insbesondere dann vor, wenn das vom Gläubiger erwirkte Urteil zufolge erhobenen Einspruches oder eines Rechtsmittels aufgehoben und dessen Klage abgewiesen oder wenn eine Anfechtungsklage (§§ 22 ff.) Erfolg hat. Der Verpflichtung des Widersprechenden ist übrigens genügt, wenn der dem anmeldenden Gläubiger zur Seite stehende Schuldtitel beseitigt worden ist. Wurde das Urteil z. B. zufolge einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage aufgehoben, ohne dass sofort in der Sache selbst entschieden wird, oder gelingt es dem Bestreitenden nachzuweisen, dass eine Urkunde mit Unrecht mit der Vollstreckungsklausel versehen wurde u. s. w., so ist der gegen die Forderung erhobene Widerspruch noch nicht gerechtfertigt, obgleich der Vollstreckungstitel beseitigt worden ist. Vielmehr kann der anmeldende Gläubiger seine Forderung immer noch zur Geltung bringen, indem er ein neues Urteil erwirkt. In diesen Fällen hat aber der Widersprechende genug gethan, wenn er den vollstreckbaren Schuldtitel beseitigt hat, und ist der Gläubiger ebenso wie im Falle des Abs. 1 verpflichtet, die Feststellung seiner Forderung zu betreiben. Solange einer der in Abs. 6 aufgezählten Titel vorliegt, hat der Widersprechende seinen Widerspruch zu verfolgen. Demnach muss die Forderung bei allen Verteilungen berücksichtigt werden, bei welchen es noch nicht gelungen ist, den Schuldtitel zu beseitigen. Ist der Schuldtitel aufgehoben, so kann dagegen, auch wenn nicht sofort der Widerspruch für be-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 536; Fitting S. 110 § 12 Nr. II. 2; Stieglitz S. 543; Willenbücher S. 183 Nr. 15. A. M. Meisner S. 308; Wengler S. 554.

[2]) Vgl. R.-G. (VI.) 24. Juni 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 358 ff. bes. S. 361.

gründet erklärt worden ist, die Forderung vorerst nicht berücksichtigt werden. Vielmehr kann dies erst dann geschehen, wenn der Vorschrift des § 140 genügt worden ist. Der zu stellende Antrag muss hier nach Lage der Sache verschieden lauten. Bei Aufnahme eines noch nicht rechtskräftig geschlossenen Verfahrens ist die Feststellung zu verlangen. dass die geltend gemachte Forderung nicht bestehe, bei Wiederaufnahme durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage die Aufhebung des Urteiles; bei Anfechtungsklagen (§ 22 ff.) ist zu beantragen, dass der vollstreckbare Titel den Gläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären sei. Nimmt ein widersprechender Gläubiger ein anhängiges Verfahren auf, so hat derselbe die nämliche Stellung wie in denjenigen Prozessen, welche vom anmeldenden Gläubiger aufgenommen worden. (Bem. II. 2 S. 452 ff.) Wird der Widerspruch von mehreren Gläubigern gemeinsam verfolgt, so sind dieselben Streitgenossen im Sinne des § 59 der C.-P.-O. (Bem. I. 3 S. 448 ff.) Den einzeln auftretenden Gläubigern kann aber auch hier nicht die Befugnis zur Verfolgung des Widerspruches bestritten werden.[1]) Dass in den unter Abs. 6 gehörigen Fällen der in Abs. 2 aufgestellte Gerichtsstand nicht Platz greift, vielmehr die allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. über die Zuständigkeit entscheiden, ergiebt sich aus der Stellung des Abs. 6, wie aus der Natur der Sache. Auch wurde dies in den Motiven (S. 367) als selbstverständlich erklärt und in der Reichstagskommission (K. S. 93) nochmals von Hagens bestätigt.[2]) Übrigens hat Abs. 6 auch für die unter Abs. 5 gehörigen Fälle Bedeutung. Auch dort muss der Bestreitende seinen Widerspruch verfolgen, wenn der anmeldende Gläubiger ein Endurteil oder einen vollstreckbaren Titel hat. Der Umstand, dass dieser Titel von einem besondern Gerichte u. s. w. ausgegangen ist, schliesst die Anwendung des Abs. 6 nicht aus.[3]) Die Vorschriften des § 134 beziehen sich nur auf den Widerspruch, welcher vom Verwalter oder von einzelnen Konkursgläubigern erhoben worden ist, nicht auf denjenigen des Gemeinschuldners. Letzterer Widerspruch hat für das Konkursverfahren selbst, insbesondere für die Teilnahme an den Verteilungen keine Bedeutung, sondern verhindert bloss, dass die in § 152 Abs. 2 für die Zeit nach Aufhebung des Konkursverfahrens vorgesehenen Wirkungen eintreten. Mit Rücksicht darauf ist in § 132 Abs. 2 dem Gläubiger, dessen Forderung vom Gemeinschuldner bestritten wird, folgerichtig die Befugnis eingeräumt, den Rechtsstreit diesem gegenüber aufzunehmen. § 134 Abs. 6 gilt aber ebensowenig in Ansehung des Gemeinschuldners als die übrigen Bestimmungen dieses §.[4])

V. Berichtigung der Tabelle. (§ 134 Abs. 7.)

Durch Abs. 7 soll die Verantwortlichkeit des Verwalters, für den bei Verteilungen immer nur die Tabelle massgebend sein kann, vermindert werden. Von demselben wird nicht verlangt, dass er sich um den Ausgang der nur gegen einzelne Gläubiger geführten Specialprozesse kümmere. Auch im übrigen gilt aber der Satz, dass die Berichtigung der Tabelle von demjenigen herbeizuführen ist, in dessen Interesse dieselbe liegt. Diese Berichtigung ist unter Vorlage der zur Begründung dienenden Urkunden bei dem Gerichte in Antrag zu bringen. Ob dem Antrage sofort oder nach vorgängiger Anhörung der Beteiligten stattzugeben ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. (M. S. 367.) Die Berichtigung hat nur dann zu erfolgen, wenn allen Widersprechenden gegenüber, sei es in einem einzigen Rechtsstreite, sei es in verschiedenen Prozessen, deren Widerspruch für unbegründet erklärt, die bestrittene Forderung sonach endgültig festgestellt worden ist, oder wenn diejenigen Widersprüche, bezüglich deren ein Urteil nicht erlassen wurde, zurückge-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 543, 544; Willenbücher S. 184 Nr. 17. A. M. Fitting S. 111 § 12 Anm. 32.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 691; Stieglitz S. 543; v. Völderndorff Bd. II. S. 409; Wengler S. 551, 555; Willenbücher S. 184 Nr. 18; v. Wilmowski S. 370.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 691 a. E.; Stieglitz S. 545; v. Völderndorff Bd. II. S. 408; v. Wilmowski S. 370 Nr. 8, 371 Nr. 9.

[4]) A. M. Meisner S. 309.

nommen worden sind. Sofern auch nur ein einziger Widerspruch noch in Kraft steht, muss die Berichtigung der Tabelle versagt werden. Auch dann, wenn eine Beschränkung des Widerspruches stattgefunden hat und ein Teil der vorher ganz bestrittenen Forderung anerkannt worden ist, hat dieser Gläubiger die Berichtigung zu veranlassen. Wird die Zurücknahme vom Gläubiger nicht berücksichtigt, sondern die Feststellungsklage auf die ganze Forderung gerichtet, so können dem Gläubiger wegen der teilweise zurückzuweisenden Klage auch dann Kosten erwachsen, wenn er im übrigen obsiegt. (§§ 88 ff. C.-P.-O.) Darüber, ob und in welcher Weise eine Berichtigung stattzufinden hat, muss das Konkursgericht beschliessen. Gegen dessen Entscheidung, welche den Beteiligten mitzuteilen ist (§ 66 Abs. 2), steht sowohl, wenn die Berichtigung angeordnet, als wenn dieselbe abgelehnt worden ist, den Beteiligten Beschwerde zu. (§ 66 Abs. 3.)[1] Die Vorschriften der §§ 290 Abs. 3 und 291 Abs. 3 der C.-P.-O. können hier nicht zur Anwendung kommen, weil die in § 135 vorgesehene Berichtigung der Tabelle einen ganz andern Charakter hat als die dort in Frage stehenden Berichtigungen. Wird der Antrag auf Berichtigung abgelehnt, so hat der Antragsteller das Recht der Beschwerde. Erfolgt eine Berichtigung, so steht jedenfalls dem Verwalter die Beschwerde zu. Aber auch die Konkursgläubiger sind hiezu berechtigt, da sie von der Berichtigung unmittelbar berührt werden. Den Gemeinschuldner beschwert weder die Berichtigung noch deren Ablehnung. (§ 152 Abs. 2.) Die Kosten des Berichtigungsverfahrens sind als gerichtliche und zwar als Massekosten anzusehen, weil sie im gemeinschaftlichen Verfahren erwachsen sind (§ 51 Z. 1). Dem obsiegenden Gläubiger können diese Kosten nicht aufgebürdet werden.

§ 135.

Soweit durch ein Urteil rechtskräftig eine Forderung festgestellt oder ein Widerspruch für begründet erklärt ist, wirkt dasselbe gegenüber allen Konkursgläubigern. War der Prozess nur gegen einzelne Gläubiger geführt, so können diese den Ersatz ihrer Prozesskosten aus der Konkursmasse insoweit verlangen, als der letztern durch das Urteil ein Vorteil erwachsen ist.

(E. § 135; M. S. 368; K. S. 93—95 und 173—178; pr. K.-O. § 237.)

1) Im Entwurfe lautete der erste Satz des §: „Das Urteil, durch welches eine Forderung rechtskräftig festgestellt ist, wirkt gegenüber allen Konkursgläubigern.“ Die jetzige Fassung wurde von der Reichstagskommission beschlossen, um den dem § zu Grunde liegenden Gedanken deutlicher hervortreten zu lassen und jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch diejenigen Urteile, durch welche der Widerspruch eines Gläubigers für begründet erklärt wird (Bem. I. 3 S. 450 und III. 1 S. 456), allen Konkursgläubigern zu gut kommen. (K. S. 93—95, 173—178.) Eine Forderung ist aber nicht schon dann als festgestellt anzusehen, wenn der eine oder andere Widerspruch für unbegründet erklärt wurde, sondern erst dann, wenn alle Widersprüche beseitigt worden sind. (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff. S. 442.) Die Feststellung wirkt allen Konkursgläubigern, insbesondere auch denjenigen gegenüber, welche bei der Erhebung des Widerspruches ihre Forderungen noch nicht angemeldet hatten und deshalb nicht Widerspruch erheben konnten.[2]) Diese Wirkungen des Feststellungsurteils ergeben sich aus der Natur des Konkursverhältnisses. Hat der Kläger allen denjenigen gegenüber ob-

[1]) Vgl. Fitting § 313 § 38 Anm. 29; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 113; v. Sarwey S. 692; Willenbücher S. 185 Nr. 22; v. Wilmowski S. 371 Nr. 10.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 412 Nr. II.

gesiegt, welche seine Forderung bestritten haben, so ist damit dieser Widerspruch beseitigt; die Sachlage ist dieselbe geworden, als wäre im Prüfungstermine kein Widerspruch erhoben und die Forderung als unstreitig festgestellt worden. Im umgekehrten Falle scheidet dagegen der Kläger aus dem Kreise der Teilnahmeberechtigten aus, was allen übrigen Gläubigern zu gute kommt.

2) War bei den im Laufe des Prozesses vorgenommenen Verteilungen ein entsprechender Betrag für die streitige Forderung zurückbehalten worden (§§ 140, 155 Z. 1), so verbleibt derselbe in der allgemeinen Teilungsmasse. Nur darf die Masse nicht auf Kosten derjenigen bereichert werden, welche ihr den Vorteil verschafft haben. Den widersprechenden Gläubigern sind deshalb bis zur Höhe des erlangten Vorteils die aufgewendeten Prozesskosten unbeschadet der etwaigen Ersatzpflicht des besiegten Prozessgegners zu erstatten. Diese Vorschrift trifft auch dann zu, wenn der anmeldende Gläubiger nicht nach Abs. 2 und 3 Klage erheben bezw. den anhängigen Prozess aufnehmen musste, sondern die widersprechenden Gläubiger ihren Widerspruch nach § 134 Abs. 6 zu verfolgen hatten. Auch in diesem Falle wurde der Prozess von dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten ist, „nur gegen einzelne“ Gläubiger geführt. Es besteht aber auch keinerlei Grund zu einer Unterscheidung.[1]) Hatte der Verwalter an der Bestreitung und dem gewonnenen Prozesse teilgenommen, so liegt eine nützliche Verwendung nicht vor und besteht deshalb auch kein Grund, den als Streitgenossen aufgetretenen Gläubigern ihre Prozesskosten aus der Masse zu ersetzen. Die durch die Prozessführung des Verwalters entstandenen Kosten sind natürlich immer als Masseschulden (§ 52 Z. 1) zu behandeln.

§ 136.

Der Wert des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das Vorrecht einer Forderung ist mit Rücksicht auf das Verhältnis der Teilungs- zur Schuldenmasse von dem Prozessgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen.

(E. § 136; M. S. 368; K. S. 95, 96 und S. 178.)

1) Die Bestimmung des § 136 tritt einer Vorschrift der preussischen Kostengesetzgebung entgegen, nach welcher in den altpreussischen Provinzen der Berechnung des Streitwertes in den Specialprozessen statt des zu erwartenden Anteils lediglich der Nennwert der streitigen Forderung zu Grunde gelegt wurde. (M. S. 368.) Zur Erläuterung des § und des aus demselben sich ergebenden Verfahrens bemerkte Hagens in der Reichstagskommission (K. S. 95, 96): „Der § 136 enthalte eine Ausdehnung der amtsgerichtlichen Kompetenz. Der Gläubiger, welcher eine Forderung von 1000 M. angemeldet habe, werde sich zu fragen haben, wieviel ungefähr im Konkurse liege, welche Dividende zu erwarten stehe. An das ihm hienach kompetent erscheinende Gericht werde er sich zu wenden und in der Klage auch eine Angabe über die vermutliche Höhe der Dividende zu machen haben. Das angegangene Gericht werde dann seine Zuständigkeit prüfen müssen. Finde das Amtsgericht in dem angeführten Beispiele, dass mehr als 30 Prozent zu erwarten seien, so würde es sich für unzuständig zu erklären, andernfalls aber den Feststellungsprozess über die 1000 Mark zu entscheiden haben. Sollte im letztern Falle der Gemeinschuldner die Forderung nicht bestritten gehabt haben, so würde die Feststellung der Forderung auch über den Konkurs hinaus in Gemässheit des § 152 dem Gemeinschuldner gegenüber und zwar nach der vollen Höhe von 1000 Mark wirksam sein.“

[1]) Vgl. Meisner S. 312 Anm. 3; v. Sarwey S. 693 Nr. 2; Stieglitz S. 548, 549; v. Völderndorff Bd. II. S. 412, 413; v. Wilmowski S. 374 Nr. 3.

2) Die Vorschrift ist sowohl für die Zuständigkeit der Gerichte und die Ermittelung der Revisionssumme als für die Berechnung der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren massgebend. (§ 9 G.-K.-G.) Insbesondere ist auch die nach § 57 G.-K.-G. für die Beschwerdeinstanz zu erhebende Gebühr nicht nach der Höhe der Forderung, sondern nach § 136 zu berechnen.[1]) Soweit es sich um die Revisionssumme handelt, muss nach § 508 der C.-P.-O. glaubhaft gemacht werden, dass auf die streitige Forderung bei den Verteilungen im ganzen ein Betrag von mehr als 1500 Mark entfallen werde.[2]) Wird für die Forderung ein Vorrecht (§ 54) in Anspruch genommen, so ist dieses zu berücksichtigen. Es kann deshalb unter Umständen der volle Betrag der Forderung den Wert des Streitgegenstandes bilden. Über das Verhältnis der Teilungsmasse zur Schuldenmasse und die sich daraus ergebende Höhe des voraussichtlich zu verteilenden Betrages kann der Konkursverwalter am zuverlässigsten Aufschluss geben. Dessen Erklärungen werden deshalb in der Regel massgebend sein.[3]) Entscheidend ist für die Wertberechnung der Zeitpunkt der Klageerhebung. (§ 3 der C.-P.-O.) Änderungen, welche nach derselben eingetreten sind, haben deshalb, soweit es sich um Ermittelung des ursprünglichen Streitgegenstandes handelt, keine Bedeutung. Bei Festsetzung der Prozesskosten ist der Wert des Streitgegenstandes, der nach § 230 Abs. 3 der C.-P.-O. und § 14 G.-K.-G. in der Klage angegeben werden soll, in Gemässheit der §§ 16 ff. dieses Gesetzes vom Prozessgerichte zu bestimmen. Ist die Festsetzung im Laufe des Verfahrens nach § 16 G.-K.-G. von dem Gerichte der höhern Instanz bezüglich der verschiedenen Instanzen geändert worden, so bleibt diese letztere Festsetzung natürlich massgebend.[4]) Übrigens kann der Wert des Streitgegenstandes, obgleich für die Wertberechnung die Zeit der Klage massgebend ist, in den einzelnen Instanzen ein verschiedener sein, falls die geltend gemachte Forderung teilweise anerkannt oder herabgesetzt wird oder das eingelegte Rechtsmittel sich nur auf einen Teil der Forderung bezieht. Dreht sich der Streit um ein Absonderungsrecht, so kann § 136 nicht Anwendung finden, da das Recht auf abgesonderte Befriedigung nicht als ein Vorrecht im Sinne des § 54 anzusehen ist (Bem. II. 3 zu §§ 129 ff. S. 446) und § 136 nur solche Vorrechte im Auge hat. Diese Vorschrift bezieht sich überhaupt nur auf (einfache oder bevorrechtigte) Konkursforderungen und kann deshalb nur dann Anwendung finden, wenn eine solche Forderung, für deren Wert das Verhältnis zwischen Teilungs- und Schuldenmasse massgebend ist, mit Rücksicht auf ihren Bestand oder Betrag oder das für sie beanspruchte Vorrecht bestritten wird.[5]) In den Fällen des § 134 Abs. 3 hat die Vorschrift des § 136 keine Bedeutung in Ansehung der Zuständigkeit des Gerichtes, weil diese von vornherein feststeht. (§ 235 Z. 2 C.-P.-O.) Auch in diesem Falle ist aber § 136, da das Gesetz einen Unterschied nicht macht, insoweit anzuwenden, als es sich um die Zulässigkeit der Revision und die Berechnung der Gerichtskosten handelt. Der Grund des Gesetzes trifft übrigens auch hier zu.[6])

1) Vgl. O.-L.-G. Dresden 17. Juni 1886, Ann. Bd. 8 S. 93.

2) Vgl. R.-G. (I.) 26. Mai 1883, Entsch. Bd. X. S. 67 ff.; bayer. oberstes Landesger. 12. April 1887, Bl. für Rechtsanw. Bd. 52 S. 238, Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 497 ff. bes. S. 500, 501.

3) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe 21. Jan. 1885, Buschs Zeitschr. Bd. XII. S. 153.

4) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 417.

5) A. M. O.-L.-G. Colmar 30. Jan. 1884, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XII. S. 175.

6) Vgl. Fitting S. 113 § 12 Anm. 38; v. Völderndorff Bd. II. S. 417, 418. A. M. wohl Stieglitz S. 550, der hier anscheinend § 136 überhaupt nicht anwenden will.

Fünfter Titel.

Verteilung.

(§§ 137—159.)

Vorbemerkungen.

1) So wünschenswert es ist, dass das Konkursverfahren recht oft durch Zwangsvergleich erledigt wird, so kann doch auf das Zustandekommen eines solchen nie mit Sicherheit gerechnet werden. Als das regelmässige Ziel des Verfahrens ist sonach die Verteilung des vorhandenen Vermögens unter die Gläubiger anzusehen, welche den Schlusstermin des ganzen Verfahrens bildet und in der sich die Güte jeder Konkursordnung erproben muss. (M. S. 369.) Bei dieser Verteilung kommt es, wie in den Motiven (a. a. O.) hervorgehoben wurde, vor allem darauf an: „den Gläubigern so bald wie möglich die vorhandene Masse zur Verfügung zu stellen, ihre Verluste durch eine rasche, einfache und wenig kostspielige Verteilung einzuschränken und die Nachteile einer obrigkeitlichen oder gemeinschaftlichen Verwahrung und Verwaltung nicht über das unbedingt notwendige Zeitmass hinaus zu verlängern." In dem nach früherem gemeinem Rechte zu erledigenden Konkursverfahren gelang es nur in geringem Masse, sich diesem Ziele zu nähern, weil dort die Bestimmungen des materiellen Rechtes nicht nur zu einem weitläufigen Verifikations- und Klassifikationsverfahren, sondern auch dahin führten, dass vor der vollständigen Beendigung des letztern nicht zu einer Verteilung geschritten werden konnte. Daneben kam noch der Umstand in Betracht, dass regelmässig die Versilberung der ganzen Masse abgewartet werden musste, ehe die Verteilung beginnen durfte, sowie dass man es für notwendig hielt, die dem Gerichte vorbehaltene Verteilung noch durch einen besondern „Distributionsbescheid" vorzubereiten. In der preussischen Konkursordnung wurde zwar der in den Ländern des französischen Rechtes schon längst zur Herrschaft gelangte Grundsatz zur Geltung gebracht, dass mit den Verteilungen nach Ablauf der allgemeinen Anmeldungs- und Prüfungstermine und nach Einsetzung eines bleibenden Verwalters begonnen werden könne, sofern ein hinlänglicher Massebestand vorhanden sei. Verschiedene Ursachen verhinderten es aber, dass die wohlthätigen Folgen dieses Grundsatzes vollständig zur Geltung kommen konnten. Insbesondere entsprach das Verteilungsverfahren selbst, das auf Grund eines vom Verwalter zu entwerfenden und zum Zwecke der Prüfung durch die Gläubiger offen zu legenden Teilungsplanes erfolgte, nicht den an dieses Verfahren zu stellenden Anforderungen. (M. S. 369 ff.) Nach der Konkursordnung, welche den obigen Grundsatz festhält, soll nun die angestrebte Verbesserung dadurch erreicht werden, dass an die Stelle des Teilungsplanes ein auf Grund der Tabelle anzufertigendes Verzeichnis der teilnahmeberechtigten Gläubiger und an die Stelle der Summenverteilung eine Verteilung von Anteilen tritt, d. h. statt der verfügbaren Teilungsmasse der Gesamtbetrag der teilnahmeberechtigten Forderungen zur bestimmenden Rechnungsgrundlage gemacht und auf diese ein annähernd nach dem Betrage jener Masse zu berechnender fester Prozentsatz angewiesen wird. (M. S. 372.) Nach diesem Systeme der Verteilung, welches sich in England bewährt hat und bei dem geltenden Münzsysteme sehr leicht auszuführen ist, bedarf es nicht mehr einer mühsamen rechnerischen Aufstellung. Jeder Gläubiger ist vielmehr in der Lage, mit Leichtigkeit nicht nur seinen eigenen, sondern vermöge der Jedem zugänglichen Tabelle und des Verzeichnisses auch den Anteil seiner Mitgläubiger zu ermitteln.

2) Die Verteilung zerfällt in Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen. Die §§ 137—142 enthalten allgemeine Bestimmungen, welche für alle Verteilungen massgebend sind. In den §§ 143—148 wird von den Abschlagsverteilungen gehandelt, während die

§§ 149—152 die Schlussverteilung und was mit ihr zusammenhängt, regeln und § 153 die Nachtragsverteilungen betrifft. In den §§ 154—159 folgen sodann wieder allgemeine, für alle Verteilungen massgebende Vorschriften, welche den Vollzug der Verteilungen und die Ausschliessung der Massegläubiger regeln.

§ 137.

Nach der Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines soll, so oft hinreichende bare Masse vorhanden ist, eine Verteilung an die Konkursgläubiger erfolgen.

§ 138.

Zur Vornahme einer Verteilung hat der Verwalter, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dessen Genehmigung einzuholen.

(E. §§ 137, 138; M. S. 372—374; K. S. 100; pr. K.-O. §§ 239, 240.)

1) Durch § 137 wird der Zeitpunkt der Verteilungen bestimmt. Nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines soll, so oft hinreichende Masse vorhanden ist, eine Verteilung an die Konkursgläubiger erfolgen. Mit Rücksicht auf die in den §§ 140 und 146 enthaltenen Fristbestimmungen kann übrigens eine Abschlagsverteilung erst erfolgen, wenn seit dem Prüfungstermine drei Wochen verstrichen sind.[1]) Nur für den Fall, dass der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, kann das Gericht nach § 148 die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen. Auch eine solche Anordnung ist jedoch ausgeschlossen, sofern die Ausschlussfrist bereits abgelaufen ist. Grundsätzlich sind hienach Abschlagsverteilungen nicht bloss zugelassen, sondern ausdrücklich vorgeschrieben. Für die mit der Anordnung der Verteilung betrauten Organe wird dadurch eine Verpflichtung begründet, durch deren Nichtachtung sie unter Umständen zu Schadenersatz verpflichtet werden können. Ein gewisser Spielraum ist denselben jedoch dadurch gewährt, dass sie zu beurteilen haben, ob die Masse zur Vornahme einer Verteilung hinreicht. Diese Frage ist in jedem einzelnen Falle mit Rücksicht auf das Interesse der Konkursgläubiger zu beantworten. Diesem wird jedoch in der Regel die Verteilung auch kleiner Teilbeträge mehr entsprechen als die längere Aufbewahrung des Massebestandes, soweit nicht dadurch für die Verwaltung und die Empfänger unverhältnismässige Mühe und Kosten verursacht werden. (M. S. 372, 373.) Dass nur derjenige Bestand zur Verteilung verwendet werden darf, welcher nach Befriedigung oder Sicherstellung der bestehenden Masse-, Rückforderungs- und Absonderungsansprüche übrig bleibt, ist, wie auch in den Motiven hervorgehoben wurde, selbstverständlich, da es vor Befriedigung dieser Ansprüche eine Teilungsmasse nicht giebt. Die bevorrechtigten Konkursgläubiger (§ 54) haben keinen Anspruch darauf, vor den übrigen Gläubigern befriedigt zu werden. Aus Billigkeitsgründen gestattet jedoch § 157 dem Verwalter, an sie ausserhalb des eigentlichen Verteilungsverfahrens Zahlung zu leisten.

2) Ob eine Verteilung vorzunehmen ist, hat zunächst der Verwalter zu entscheiden, der, wenn ein Gläubigerausschuss besteht, hiezu dessen Genehmigung bedarf, ausserdem aber seine Entscheidung ganz unabhängig zu treffen hat. Den Verwalter zur Vornahme einer Verteilung zu nötigen, liegt nicht in den Befugnissen des Gläubigerausschusses. Nach § 137 kann jedoch das Gericht in Ausübung seines allgemeinen Aufsichtsrechtes (§§ 75, 76) gegen pflichtwidrige Verzögerungen einer Verteilung verfügbarer Bestände durch den Ver-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 699; v. Völderndorff Bd. II. S. 422.

walter mit Ordnungsstrafen einschreiten. (M. S. 373, 374.) Auch kann sich der Gläubigerausschuss an das Gericht wenden, wenn eine solche Pflichtwidrigkeit vorliegt. Nach § 148 darf das Gericht, falls der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, auf dessen Antrag die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen, wenn nicht schon die Ausschlussfrist abgelaufen ist. (Bem. 4 zu §§ 146 ff.)

Verweigert der Gläubigerausschuss die in § 138 vorgesehene Genehmigung, so kann der Verwalter sowie jeder beteiligte Gläubiger die Entscheidung der Gläubigerversammlung anrufen. (Vgl. § 85 und Bem. I. 2 S. 351.[1]) Erteilt diese ihre Genehmigung, so kann der Konkursrichter nach § 91 die Ausführung des Beschlusses untersagen, da die allgemeine Regel, welche dieser § aufstellt, durch die besondern Vorschriften des § 148 eine Beschränkung nicht erfahren hat. Auch durch den Beschluss der Gläubigerversammlung und die etwa erfolgte Zurückweisung eines Antrages auf Aussetzung wird aber der Verwalter zur Vornahme einer Verteilung nicht rechtlich verpflichtet.

§ 139.

Vor der Vornahme einer Verteilung hat der Verwalter ein Verzeichnis der bei derselben zu berücksichtigenden Forderungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen und die Summe der Forderungen sowie den zur Verteilung verfügbaren Massebestand öffentlich bekannt zu machen.

§ 140.

Konkursgläubiger, deren Forderungen nicht festgestellt sind und für deren Forderungen ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl nicht vorliegt, haben bis zum Ablaufe einer Ausschlussfrist von zwei Wochen nach der öffentlichen Bekanntmachung dem Verwalter den Nachweis zu führen, dass und für welchen Betrag die Feststellungsklage erhoben oder das Verfahren in dem früher anhängigen Prozesse aufgenommen ist. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Verteilung nicht berücksichtigt.

§ 141.

Gläubiger, von welchen abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, haben bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter den Nachweis ihres Verzichtes oder ihres Ausfalles nach Massgabe des § 57 zu führen. Wird der Nachweis nicht rechtzeitig geführt, so werden die Forderungen bei der vorzunehmenden Verteilung nicht berücksichtigt.

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 545; Stieglitz S. 555; v. Völderndorff Bd. II. S. 423; Wengler S. 567. A. M. Fitting S. 316 § 39 Anm. 7; v. Wilmowski S. 378 Nr. 2 und teilweise Willenbücher S. 186, 187 Nr. 2.

Zur Berücksichtigung bei einer Abschlagsverteilung genügt es, wenn bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist dem Verwalter der Nachweis, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben ist, geführt und der Betrag des mutmasslichen Ausfalles glaubhaft gemacht wird.

§ 142.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung werden bei einer Abschlagsverteilung zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Forderung fallen würde.

Bei der Schlussverteilung findet ihre Berücksichtigung nur statt, sofern dem Verwalter bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

§ 143.

Gläubiger, welche bei einer Abschlagsverteilung nicht berücksichtigt worden sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, die bisher festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse verlangen, soweit diese reicht und nicht infolge des Ablaufes einer Ausschlussfrist für eine neue Verteilung zu verwenden ist.

§ 144.

Die Anteile, mit welchen Gläubiger nach Massgabe des § 141 Abs. 2 oder des § 142 Abs. 1 bei Abschlagsverteilungen berücksichtigt worden sind, werden für die Schlussverteilung frei, wenn bei dieser die Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 oder des § 142 Abs. 2 nicht erfüllt sind.

§ 145.

Binnen drei Tagen nach dem Ablaufe der Ausschlussfrist hat der Verwalter die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen erforderlichen Änderungen des Verzeichnisses zu bewirken.

(E. §§ 139—145; M. S. 374—379; K. S. 100—105, 178—183; pr. K.-O. §§ 241—255.)

I. Aufstellung und Niederlegung des Verzeichnisses. — Bekanntmachung. (§ 139.)

So oft eine Verteilung stattfinden soll, muss der Verwalter, ehe dieselbe vorgenommen wird, ein Verzeichnis derjenigen Forderungen, welche nach seiner Auffassung hiebei berücksichtigt werden sollen, auf der Gerichtsschreiberei niederlegen und unter Angabe des verfügbaren, zur Verteilung bestimmten, Massebestandes die Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt machen. Eine besondere Hinweisung darauf, dass das Verzeichnis zur Einsicht aufliegt, oder eine Belehrung über die Bedeutung der Ausschlussfrist ist nicht notwendig, da das Gesetz dieselbe nicht vorschreibt.[1]) Eine Verweisung auf die §§ 140, 141 wird aber zweckmässig sein. Der Zweck der Bekanntmachung besteht vor allem darin, dass ein fester Boden für die Ausführung der Verteilung gewonnen wird. Dieselbe kann aber auch den mit der Anmeldung oder weitern Verfolgung ihrer Rechte säumig gewesenen Gläubigern Anlass geben, das Versäumte nachzuholen, insbesondere die schleunige Prüfung nachträglich angemeldeter oder die prozessualische Geltendmachung bestrittener Forderungen, sowie die raschere Erledigung anhängig gemachter Streitigkeiten herbeizuführen. Die Angabe der verfügbaren Teilungsmasse und der zur Zeit der Bekanntmachung bereits teilnahmeberechtigten Forderungssumme, nicht die Berücksichtigung weiterer Forderungen ist geboten [2]). Diese Angabe ermöglicht jedem Gläubiger die Prüfung, ob es für ihn rätlich ist, sich noch die Berücksichtigung bei der bevorstehenden Verteilung zu sichern. Durch die Niederlegung des Verzeichnisses auf der Gerichtsschreiberei erhalten die beteiligten Gläubiger Gelegenheit, sich von ihrer Berücksichtigung zu überzeugen, sowie von dem sonstigen Inhalte des Verzeichnisses Einsicht zu nehmen und eintretenden Falles die Berichtigung desselben auf dem hiefür vorgeschriebenen Wege (§§ 146, 150) zu erwirken. (M. S. 374.) Auch der Gemeinschuldner kann von dem Verzeichnisse Einsicht nehmen und dem Verwalter gegenüber seine Bemerkungen machen, welche diesen unter Umständen zu einer Berichtigung veranlassen können. Die vom Gemeinschuldner erhobenen Einwendungen haben aber als solche für das Konkursverfahren ebensowenig rechtliche Bedeutung wie der Widerspruch, den er im Prüfungstermine erhebt. Sie können deshalb auch zu einer Entscheidung des Konkursgerichtes keine Veranlassung geben. Das Verzeichnis, welches auf Grundlage der Tabelle errichtet wird und sich im einzelnen an diese anschliessen muss, hat sich natürlich nur auf die Konkursforderungen, nicht auf die Masseforderungen zu erstrecken. Auch sind bestrittene oder bereits bezahlte Forderungen, weil sie bei der Verteilung nicht berücksichtigt werden sollen, ausser Acht zu lassen. Ob auch die Forderungen, auf welche sich die §§ 140, 141 beziehen, sofort unter Vorbehalt der Erfüllung der dort gestellten Bedingung in das Verzeichnis aufzunehmen sind oder die Eintragung erst nach Erbringung des erforderlichen Nachweises zu erfolgen hat, ist im Gesetze nicht bestimmt. Da bloss solche Forderungen aufgenommen werden dürfen, welche „zu berücksichtigen sind", darf die Aufnahme derartiger Forderungen jedenfalls nur mit Vorbehalt erfolgen. Ob dies geschehen soll, ist eine Zweckmässigkeitsfrage. Unzulässig ist die vorläufige Aufnahme, welche eine bessere Übersicht über die möglicherweise zu berücksichtigenden Forderungen gewährt, nicht. Ein Recht auf Einstellung seiner Forderung in das Verzeichnis steht aber nur demjenigen Gläubiger zu, der zur Zeit der Anfertigung desselben bereits den ihm obliegenden Nachweis erbracht hat.[3]) Das Verzeichnis muss in allen Fällen nur die übersichtliche Zusammenstellung der zu berücksichtigenden Forderungen enthalten, nicht auch darüber Aufschluss geben, ob und inwieweit

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 705; v. Völderndorff Bd. II. S. 430; v. Wilmowski S. 381.

[2]) So auch Meves S. 161, 162; v. Sarwey S. 701 und 704 Nr. 5; Stieglitz S. 557; v. Wilmowski S. 381. Vgl. dagegen v. Völderndorff Bd. II. S. 429.

[3]) Für die Eintragung sind: v. Völderndorff Bd. II. S. 427; Willenbücher S. 187; v. Wilmowski S. 379, 381. Gegen dieselbe haben sich erklärt: Fitting S. 317 § 40 Anm. 4; Meves a. a. O.; v. Sarwey S. 702; Stieglitz S. 556.

bereits früher verteilte Prozentsätze nachzuzahlen sind. Ein Gläubiger, dessen Forderung im Verzeichnisse nicht berücksichtigt wurde, verliert sonach seinen Anspruch auf Nachzahlung nicht dadurch, dass er es unterlässt, Einwendungen gegen das Verzeichnis zu erheben.[1]) Bei jeder neuen Verteilung ist auch ein neues Verzeichnis zu errichten. In demselben kann auf die frühern Verzeichnisse Bezug genommen werden.[2]) Durch die wiederholte Benutzung desselben Verzeichnisses unter Nachtrag der nötigen Ergänzungen und Berichtigungen würde aber die Übersicht erschwert werden. Deshalb sind solche Verweisungen zu vermeiden. Namentlich für die Schlussverteilung ist ein besonderes Schlussverzeichnis (§ 150) angemessen.

II. Forderungen, welche bei der Verteilung zu berücksichtigen sind. (§§ 140—142.)

1) Durch die §§ 140—142 ist für die Konkursgläubiger die in § 159 für die Massegläubiger entschiedene Frage geregelt, in welchem Zeitpunkte eine Forderung von der Berücksichtigung bei den einzelnen Verteilungen ausgeschlossen wird. Das Gesetz stellt eine Frist von zwei Wochen auf für alle Gläubiger, welche für ihre zur Berücksichtigung bei der bevorstehenden Verteilung noch nicht geeigneten Forderungen die Berechtigung zur Teilnahme erlangen wollen. Nach Ablauf dieser „Ausschlussfrist" soll sich mit Sicherheit übersehen lassen, wer von den Konkursgläubigern und zu welchem Betrage jeder derselben teilnahmeberechtigt ist. (M. S. 274.) Die Ausschlussfrist ist eine gesetzliche und prozessuale Frist, deren Beginn nach § 68 der Konkursordnung, deren Ablauf nach § 200 der Civilprozessordnung berechnet wird. Gegen deren Versäumung findet, da dieselbe als Notfrist im Gesetze nicht bezeichnet ist, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt. (§§ 201 und 211 der C.-P.-O.) Der Lauf derselben wird übrigens durch die Gerichtsferien nicht unterbrochen, weil diese auf das Konkursverfahren keinen Einfluss haben. (§ 204 G.-V.-G.) Eine Verlängerung oder Verkürzung der Ausschlussfrist durch Gerichtsbeschluss ist nach § 202 Abs. 2 der C.-P.-O. ausgeschlossen, da es sich um eine gesetzliche Frist handelt und eine besondere Bestimmung nicht besteht. Dieselbe kann aber auch nicht durch Parteivereinbarung erfolgen, weil es Parteien im Sinne der Civilprozessordnung im Konkursverfahren nicht giebt.

2) Durch § 140 werden die Anforderungen bezeichnet, welchen jeder Konkursgläubiger innerhalb der Ausschlussfrist genügt haben muss, um bei der angekündigten Verteilung (durch Auszahlung oder Zurückhalten der auf ihn treffenden Teilbeträge) Berücksichtigung verlangen zu können. Ein derartiger Anspruch besteht zunächst für solche Forderungen, welche im Prüfungstermine oder durch Urteil festgestellt worden sind oder für welche ein mit der Vollstreckungsklausel versehener Schuldtitel, ein Endurteil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt (§ 134 Abs. 6). Ausserdem sind diejenigen geprüften Forderungen zu berücksichtigen, bezüglich deren rechtzeitig nachgewiesen wird, dass sie durch Erhebung der Feststellungsklage oder Aufnahme des bereits vor der Konkurseröffnung anhängigen Prozesses verfolgt worden sind. (§ 134 Abs. 1—3.) Von der angekündigten Verteilung sind hienach unbedingt ausgeschlossen diejenigen Forderungen, welche in dem allgemeinen Prüfungstermine nicht geprüft worden sind und für welche auch eine nachträgliche Prüfung innerhalb der Ausschlussfrist nicht stattgefunden hat. Eine Ausnahme besteht in dieser Beziehung auch für solche Forderungen nicht, für welche ein vollstreckbarer Titel vorliegt. Der Wortlaut des § 140 kann zwar diese Frage als zweifelhaft erscheinen lassen. Aber derselbe bezieht sich überhaupt nur auf geprüfte Forderungen. Bezüglich anderer Forderungen liegt die Möglichkeit einer Feststellung gar nicht vor. Die preussische Konkursordnung (§ 254) hatte alle nicht geprüften Forderungen ausdrücklich ausgeschlossen und es sollte, wie sich auch aus den Motiven ergiebt, von diesem Grundsatze

[1]) Vgl. Ldg. Dresden 22. Nov. 1882, O.-L.-G. Dresden 28. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 417; ferner Tränkner im Arch. für civ. Pr. Bd. 70 S. 161, 162.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 546; Fitting S. 317 § 40 Anm. 4; Meves S. 161, 162; v. Sarwey S. 703; Stieglitz S. 557 Nr. I. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 426.

in der Konkursordnung nicht abgewichen werden.[1]) Bezüglich der noch nicht geprüften Forderungen wurde hier übrigens in den Motiven (S. 375) bemerkt, soweit nach der Bekanntmachung einer bevorstehenden Verteilung die alsdann noch nicht geschehene Prüfung nachträglich angemeldeter Forderungen auf Grund der Konkursordnung überhaupt noch erfolgen könne (v. §§ 68, 90, 130), werde kein Gericht dem desfallsigen Antrage eines Gläubigers Hindernisse in den Weg legen. Weiter sind ausgeschlossen die zwar geprüften aber bei der Prüfung streitig gebliebenen Forderungen, hinsichtlich deren der zur Feststellung erforderliche Rechtsstreit nicht eingeleitet bezw. aufgenommen worden ist. Bezüglich der streitig gebliebenen Forderungen ist der Umstand von Bedeutung, ob dem Gläubiger die Betreibung der Feststellung obliegt (§ 134 Abs. 1—3), oder ob der Widersprechende den Widerspruch zu verfolgen hat. (§ 134 Abs. 6.) In dem letztern Falle muss die Berücksichtigung der Forderung stattfinden, bis der Widersprechende mit dem Widerspruche durchgedrungen ist. Solange er die Verfolgung unterlässt, steht die Forderung hinsichtlich der Verteilungen einer festgestellten Forderung gleich. Verfolgt er den Widerspruch durch Erhebung der Klage oder durch Aufnahme des bereits zur Zeit der Eröffnung des Konkurses anhängigen Verfahrens oder in sonst geeigneter Weise, so wird die Berücksichtigung der Forderung hiedurch nicht ausgeschlossen, sondern nur eine Zurückbehaltung der bei den Verteilungen auf dieselbe fallenden Beträge erforderlich. Dagegen kann, wenn der Gläubiger die Feststellung der streitig gebliebenen Forderung zu betreiben hat, für diese eine Berücksichtigung nicht beansprucht werden, sofern der Gläubiger nicht das Seinige gethan hat, um die Feststellung zu erwirken. (M. S. 375, 376.)

Der Nachweis muss „dem Verwalter“ innerhalb der Ausschlussfrist erbracht werden. Dass derselbe bei dem Gerichte eingereicht wurde, kann deshalb nicht genügen, wenn nicht das Konkursgericht den Nachweis innerhalb der Frist dem Verwalter übermittelt hat.[2]) Die Erbringung des Nachweises erfolgt durch Vorlage der Urkunde über die Zustellung der Klageschrift bezw. in den Fällen des § 134 Abs. 2 der Urkunde über die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen der Rechtsstreit wieder aufgenommen worden ist. Da der Gläubiger nicht die Feststellung selbst, sondern nur seine Bemühungen zur Herbeiführung derselben und die Einleitung einer Klage nachzuweisen hat, welche bewirkt, dass die Forderung „im Prozess befangen ist“ (§ 155 Z. 1), kann von ihm nicht der Nachweis verlangt werden, dass er allen Widersprechenden gegenüber Klage erhoben habe. Vielmehr muss es genügen, dass derselbe überhaupt Klage erhoben hat. Die Eintragung in die Tabelle setzt allerdings voraus, dass die Forderung allen Widersprechenden gegenüber festgestellt worden ist. (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff. S. 442, Bem. V. zu § 134 S. 459). Aber das ist hier nicht entscheidend. Zudem kann der Gläubiger besondere Gründe haben, gegen einzelne Widersprechende, z. B. gegen solche Gläubiger, mit denen er aussergerichtlich über die Zurücknahme des Widerspruches verhandelt, zunächst keine Klage zu erheben. Daraus, dass er überhaupt Klage erhoben hat, ergiebt sich immerhin, dass er die Feststellung betreibt, und mehr braucht er nach § 140 nicht nachzuweisen.[3])

Wird der Nachweis erbracht, so wird die Forderung bei der Verteilung berücksichtigt, der auf den Gläubiger treffende Betrag aber bis zur endgültigen Entscheidung über die Feststellungsklage zurückgehalten. (§ 155.) Andernfalls wird die Forderung bei der demnächstigen Verteilung nicht berücksichtigt. Nach § 143 kann aber die entgangene Dividende nachträglich verlangt werden, soweit die Masse hiezu ausreicht. (Bem. III. 1.) Wenn

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 547; Fitting S. 317 § 40 Nr. II.; Meisner S. 317; v. Sarwey S. 707; Stieglitz S. 551, 559; Willenbücher S. 188 Nr. 1; v. Wilmowski S. 382. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 434.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 548; v. Sarwey S. 709; Stieglitz S. 559; Wengler S. 570 Nr. 4; v. Wilmowski S. 384 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 435 Anm. 10.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 709; Stieglitz S. 560; Willenbücher S. 189 Nr. 3; v. Wilmowski S. 384 Nr. 5. A. M. Hullmann S. 290 Nr. 5.

der Verwalter in dem Rechtsstreite selbst Partei ist, also von der Klage oder Aufnahme dadurch Kenntnis hat, ist ein besonderer Nachweis nicht erforderlich. (M. S. 376.)

3) Die Vorschriften der §§ 141 und 142 hinsichtlich der eine abgesonderte Befriedigung beanspruchenden Gläubiger und der aufschiebend bedingten Forderungen beruhen auf den §§ 57 und 60. (Vgl. deshalb Bem. 1 zu § 57 S. 288 Anm. 1 und Bem. 2 zu § 60.) Der Nachweis des Eintrittes der Bedingung muss gleichfalls dem Verwalter gegenüber geführt werden. Hält ein Konkursgläubiger den Nachweis nicht für genügend, so kann er seine Einwendungen gemäss §§ 146 und 150 geltend machen. Ist die Forderung, für welche das Absonderungsrecht in Anspruch genommen wird, streitig geblieben, so kommt neben § 141 zugleich § 140 zur Anwendung. Ebenso können neben § 142 zugleich die §§ 140 und 141 Anwendung finden, wenn die bedingte Forderung bei der Prüfung streitig geblieben ist, oder bezüglich derselben ein Absonderungsanspruch geltend gemacht wird. Hinsichtlich der aufschiebend bedingten Forderung findet, solange der Eintritt der Bedingung nicht nachgewiesen ist, stets eine Zurückhaltung des Betrages statt. (§ 155 Z. 2.) Die Forderung des Absonderungsberechtigten wird, sofern der Verzicht auf den Absonderungsanspruch oder der wirkliche Ausfall innerhalb der Ausschlussfrist (Bem. II. 1) nachgewiesen wird, wie eine andere festgestellte Konkursforderung berücksichtigt. Auch der Nachweis des Verzichtes ist dem Verwalter, nicht dem Gerichte zu liefern.[1]) Eine Zurückhaltung des Betrages findet statt, wenn dieser Nachweis nicht geliefert, aber nachgewiesen worden ist, dass die Veräusserung des zur abgesonderten Befriedigung dienenden Gegenstandes betrieben wurde, und wenn zugleich der Betrag des mutmasslichen Ausfalles glaubhaft gemacht worden ist. (§§ 141 und 155 Z. 3.) Bei abgesonderter Befriedigung aus dem Erlöse von unbeweglichen Sachen werden die auf die Zwangsvollstreckung bezüglichen Urkunden regelmässig den erforderlichen Nachweis liefern. Behauptet der Absonderungsberechtigte, er sei nicht in dem Maasse, welches diese Akten ergeben, befriedigt worden, so muss er diesen Nachweis gleichfalls innerhalb der Ausschlussfrist beibringen. Die Nachbringung desselben innerhalb der durch § 146 gewährten, für andere Zwecke bestimmten, Frist ist unwirksam.[2]) Dass der Gläubiger selbst die Veräusserung betreibt, ist nicht notwendig. Vielmehr genügt es auch, wenn der Verwalter die Veräusserung (gemäss §§ 116, 117) in die Hand genommen hat, und ist in diesem Falle ein besonderer Nachweis, nicht erforderlich.[3]) In den Fällen, in welchen der Absonderungsberechtigte befugt ist, sich aus dem Gegenstande ohne gerichtliches Verfahren zu befriedigen, bedarf es nicht des Nachweises, dass eine Zwangsveräusserung betrieben wird. Vielmehr genügt es, dass der Absonderungsberechtigte solche Handlungen vorgenommen hat, welche die Herbeiführung der Veräusserung zum Gegenstande haben, z. B. dass er Auftrag gegeben hat, die Sache zu verkaufen. Der Umstand, dass dem Absonderungsberechtigten gemäss § 117 Abs. 2 eine Frist gesetzt wurde, innerhalb deren er den Gegenstand zu verwerten hat, kann aber nicht hinreichen. Eine Betreibungshandlung des Gläubigers liegt in diesem Falle nicht vor, da nicht dieser, sondern der Verwalter Antragsteller ist. Dieser Antrag beweist gerade, dass der Gläubiger die Verwertung noch nicht vorgenommen hat. Dass der Gläubiger vielleicht die Zwangsvollstreckung später betreiben will, genügt nicht. Eine Betreibung der Veräusserung kann daher in seinem Verhalten noch nicht gefunden werden.[4])

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 551; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 115; v. Sarwey S. 712 Nr. 2; Stieglitz S. 562 Nr. II. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 439; Wengler S. 571; Willenbücher S. 189 Nr. 2; v. Wilmowski S. 385 Nr. 3.

[2]) O.-L.-G. Dresden 16. April 1884, Ann. Bd. VI. S. 453 ff.

[3]) Vgl. Fitting S. 319 § 40 Anm. 8; v. Sarwey S. 712 Nr. 2; Stieglitz S. 563 Nr. II. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 441.

[4]) So auch v. Völderndorff Bd. II. S. 441. A. M. sind: Fitting S. 319 § 40 Anm. 8; v. Sarwey S. 713 Nr. 6; Stieglitz S. 563, 564; Willenbücher S. 190 Nr. 5; v. Wilmowski S. 387.

Hat der Absonderungsberechtigte innerhalb der für die Schlussverteilung laufenden Ausschlussfrist die Verwertung des Gegenstandes der Absonderung nicht bewirkt und den sich für ihn ergebenden Ausfall nicht nachgewiesen, so kann er für diesen aus der Konkursmasse keine Befriedigung erhalten. Dieser Grundsatz wurde zwar in der Reichstagskommission lebhaft bekämpft. Die Anträge, nach welchen der bei den Abschlagsverteilungen zurückbehaltene Betrag auch bei der Schlussverteilung noch zurückbehalten werden sollte, wurden aber abgelehnt. (K. S. 100—104, 178—183.)

III. Nachträgliche Beseitigung des Ausschlusses oder der erfolgten Berücksichtigung. Endgültige Feststellung des Verzeichnisses. (§§ 143—145.)

1) Nach der Einrichtung, welche die Konkursordnung an die Stelle des gemeinrechtlichen „Präklusionsverfahrens" setzt, ist die förmliche und endgültige durch eine nur thatsächliche und beschränkte Ausschliessung ersetzt worden, wie sie notwendig ist, damit die Abwickelung des Konkurses in festen Bahnen fortschreiten kann. Die Versäumung der Ausschlussfrist wirkt nämlich nach § 143 nur für die einzelne Abschlagszahlung. Auf die weitern Verteilungen erstreckt dieselbe ihre Wirkungen nicht. Vielmehr kann der von der frühern Verteilung ausgeschlossene Gläubiger hier seinen Anspruch in vollem Umfange geltend machen. Nur wenn er die spätere Ausschlussfrist abermals versäumt, wird er auch hier ausgeschlossen. (M. S. 376.)[1]) Dass die Ausschliessung der nicht rechtzeitig und vorschriftsmässig geltend gemachten Masseansprüche sich nur auf die jedesmal zur Verteilung an die Konkursgläubiger erforderlichen oder bestimmten Summen bezieht, ist in § 159 ausdrücklich gesagt. Für sie ergiebt sich daraus die Notwendigkeit voller Befriedigung aus der Restmasse, sobald sie den gesetzlichen Bedingungen genügt haben. Dasselbe gilt schon vermöge der Natur der Sache für Aussonderungs- und Absonderungsberechtigte. (M. a. a. O., Vorbem. 2 zu §§ 35 ff. und Bem. II. 3 zu § 3.)

Bezüglich der Frage, wie die vorläufig ausgeschlossenen Konkursgläubiger bei der Verfügung über die später flüssig werdenden Mittel zu behandeln seien, kamen bei Aufstellung des Entwurfes drei Systeme in Betracht, nämlich:

a. die unbedingte Ausschliessung auf Höhe aller frühern Teilbeträge;

b. die vollständige Nachzahlung aller frühern Teilbeträge nach Massgabe der vorhandenen Masse;

c. die ausschliessliche Zulassung bei spätern Verteilungen, jedoch mit der Begünstigung, dass bei ihnen der volle Betrag, bei den schon früher berücksichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest der Dividendenberechnung zu Grunde gelegt wird.

Während die preussische Konkursordnung sich für das dritte System entschieden hatte, wurde in der deutschen Konkursordnung der zweite Grundsatz angenommen, was in den Motiven (S. 376—378) ausführlich gerechtfertigt worden ist. Hienach brauchen die bei einer Verteilung ausgeschlossenen Gläubiger nicht eine neue Verteilung abzuwarten. Vielmehr können dieselben, soweit die vorhandenen Mittel reichen, sobald sie die Vorschriften der §§ 140, 141 erfüllt haben, nachträgliche Bezahlung des Betrages verlangen, welchen sie erhalten haben würden, wenn sie den gesetzlichen Vorschriften schon vor Ablauf der Ausschlussfrist genügt gehabt hätten. Die Nachzahlung bezw. nachträgliche Berücksichtigung durch Hinterlegung oder Zurückbehaltung kann auch zu Gunsten solcher Gläubiger erfolgen, deren Forderungen zur Zeit der erfolgten Abschlagszahlung noch nicht geprüft waren, welche aber in einem besondern Prüfungstermine eine Feststellung ihrer Forderung erlangten oder nach der dort erfolgten Bestreitung den nach den §§ 140, 141 erforderlichen Nachweis er-

[1]) Vgl. Ldg. Dresden 22. Nov. und O.-L.-G. Dresden 28. Dez. 1882, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 417; ferner Tränkner, Arch. für civ. Pr. Bd. 70 S. 161.

brachten.[1]) Von Amts wegen wird dieser Anspruch nicht berücksichtigt; vielmehr muss die nachträgliche Zuweisung ausdrücklich verlangt werden. Ob dem Antrage ohne weiteres stattzugeben oder eine neue Verteilung abzuwarten ist, hängt von den Umständen ab. Das letztere hat zu geschehen, wenn der Konkursverwalter nicht beurteilen kann, ob nicht noch unbefriedigte Masseansprüche bestehen, insbesondere wenn ein Prozess über solche Ansprüche anhängig ist, der Veranlassung giebt, für den Fall des Unterliegens eine genügende Summe zurückzubehalten. Da die Konkursgläubiger nicht wie die Massegläubiger Anspruch auf sofortige Zahlung haben, sondern nur verlangen können, dass die Nachzahlung an sie vorgenommen wird, ehe eine neue Verteilung erfolgt, müssen sie sich gefallen lassen, dass ihre Befriedigung solange verschoben wird, bis feststeht, dass die Mittel zu einer nachträglichen Zahlung auch wirklich vorhanden sind. Aus Veranlassung der neuen Verteilung können übrigens auch andere verspätete Gläubiger Einwendung gegen das Verzeichnis erheben. (§ 146.)[2]) Eine Nachzahlung der erwähnten Art ist nicht als neue selbständige Abschlagsverteilung anzusehen, daher nicht durch die Genehmigung des Gläubigerausschusses (§ 138) bedingt. Es handelt sich dabei vielmehr nur um den Vollzug bezw. um die Ergänzung der frühern bereits genehmigten Verteilung. Die entgegengesetzte Auffassung wäre nur dann zutreffend, wenn der Gläubigerausschuss auch zu bestimmen hätte, wieviel verteilt werden soll. Derselbe hat aber bloss zu genehmigen, dass eine Verteilung vorgenommen wird.[3]) Wenn die augenblicklich verfügbare Masse für eine neue allgemeine Verteilung nicht ausreicht und eine solche nicht füglich abgewartet werden kann, zugleich aber die Besorgnis vorliegt, bezüglich der Restmasse nicht ausgeschlossene Massegläubiger durch Zuweisung der nachträglichen Dividende zu verkürzen, so wird es zulässig sein, derselben eine Bekanntmachung vorhergehen zu lassen, um etwaige Ansprüche dieser Gläubiger thunlichst zu vermeiden. Eine solche Bekanntmachung kann jedoch, da es an einer gesetzlichen Grundlage für dieselbe fehlt, nicht die Wirkung haben, dass die Massegläubiger mit ihren Ansprüchen ausgeschlossen werden.[4]) Sie ist vielmehr nur insoweit von Bedeutung, als dem Verwalter, der mit dem Erlasse der Bekanntmachung alles gethan hat, was in seiner Macht steht, nicht der Vorwurf gemacht werden kann, er habe sich den Massegläubigern gegenüber einer Pflichtverletzung schuldig gemacht. Der Nachweis, dass der Verwalter ihre Forderungen zur Zeit der Zahlung in Wirklichkeit gekannt habe, welcher durch die Versäumung einer wirklichen Ausschlussfrist ausgeschlossen würde, steht den nicht befriedigten Massegläubigern ungeachtet der in Frage stehenden Bekanntmachung zu. Reicht bei gleichzeitigem Andringen mehrerer nachträglich zu berücksichtigender Konkursgläubiger die vorhandene Restmasse zur vollen Befriedigung aller nicht aus, so muss eine Verteilung nach Verhältnis der Forderungen bezw. nach der Rangordnung des Gesetzes eintreten. Bevorrechtigten Forderungen gebührt der volle Betrag.[5]) Der Umstand, dass ein Gläubiger die Nachzahlung früher als ein anderer verlangt hat, begründet einen Vorrang nicht. Im Gesetze ist von einem solchen Vorrange nicht die Rede und in den Motiven soll offenbar nur gesagt werden, dass die Gläubiger, welche eine Nachzahlung verlangen, sich einen verhältnismässigen Abzug gefallen lassen müssen, wenn die vorhandenen Mittel nicht zur Befriedigung aller gleichzeitig vorhandenen Gläubiger ausreichen. Dass ein Gläubiger, weil er seinen Anspruch etwas früher angemeldet hat, die übrigen in ganz gleicher Lage befindlichen Gläubiger ausschliessen soll, ist auch in keiner

1) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 550; v. Sarwey S. 719; v. Völderndorff Bd. II. S. 445, 446.

2) Vgl. Meisner S. 321; v. Sarwey S. 717—719; Stieglitz S. 567; v. Völderndorff Bd. II. S. 449, 450; Wengler S. 577, 578; v. Wilmowski S. 390 Nr. 4.

3) Vgl. Meisner S. 320 Anm. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 449. A. M. Stieglitz S. 568, 569.

4) Vgl. Meisner S. 321 Anm. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 450; v. Wilmowski S. 390 Nr. 4. A. M. Hullmann S. 292 und Stieglitz S. 568.

5) Vgl. Fitting S. 320 § 40 Anm. 14; Meisner S. 321; Stieglitz S. 589; v. Völderndorff Bd. II. S. 448; Willenbücher S. 191 Nr. 2; v. Wilmowski S. 389 Nr. 2.

Weise zu rechtfertigen. Solange derselbe Zahlung nicht erhalten hat, muss er sich der Natur der Sache nach gefallen lassen, dass seine Forderung durch gleichberechtigte Ansprüche anderer Gläubiger beschränkt wird.[1]) Zur Restmasse im Sinne des § 143 gehören auch die aus einer frühern Abschlagsverteilung etwa zurückfliessenden oder frei werdenden Beträge (§§ 144, 153), da eine Ausschliessung nur auf Höhe des zur Auszahlung der festgesetzten Prozentsätze erforderlichen Bestandes eingetreten ist, die spätere Erhöhung dieser Prozentsätze daher von niemanden verlangt werden kann. (M. S. 378.) Nimmt andererseits der Verwalter neue Abschlagsverteilungen vor, ohne die nach § 143 begründeten Ansprüche zu berücksichtigen, so kann er persönlich für die Beschädigung haftbar gemacht werden. Auch können die benachteiligten Gläubiger von denjenigen Konkursgläubigern, welche zu viel erhalten haben, das Zuvielerhaltene wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangen, sofern ein solcher Anspruch nach dem allgemeinen bürgerlichen Rechte begründet ist.[2])

2) Die Vorschrift des § 144 ist lediglich eine Folgerung aus den in den §§ 141 und 142 aufgestellten Grundsätzen. Da die in diesen §§ aufgeführten Gläubiger ihrer Ansprüche auf die Konkursmasse verlustig werden, wenn sie nicht vor Ablauf der Ausschlussfrist, welche der Schlussverteilung vorhergeht, die in § 141 Abs. 1 bezw. § 142 Abs. 2 vorgeschriebenen Nachweise erbracht haben, so ergiebt sich daraus, dass die für sie zurückgehaltenen Gelder anderweitig verwendet werden können, sobald der Verlust eingetreten ist.

3) Mit dem Ablauf der Ausschlussfrist tritt für die Verteilung, um deren Vornahme es sich handelt, die thatsächliche Ausschliessung der Forderungen ein, welche entweder noch gar nicht geprüft worden oder bezüglich deren die in den §§ 140—142 vorgeschriebenen Nachweise dem Verwalter nicht beigebracht worden sind. Erst jetzt ist dieser in der Lage, das für die Verteilung massgebende Verzeichnis festzustellen. Zu diesem Zwecke hat er die infolge der erbrachten Nachweise erforderlich gewordenen Änderungen des Verzeichnisses sowie diejenigen Änderungen vorzunehmen, welche zur Berichtigung eines zum Vorschein gekommenen thatsächlichen Irrtums dienen. Dass auch das abgeänderte Verzeichnis auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, ergiebt sich aus § 139. Durch die Niederlegung wird es jedem Gläubiger neuerdings ermöglicht, von dem Inhalte des Verzeichnisses Einsicht zu nehmen und seine etwaigen Erinnerungen geltend zu machen. (M. S. 379.) Die Änderungen, welche der Verwalter an dem Verzeichnisse vorzunehmen hat, können sowohl darin bestehen, dass Gläubiger, welche die erforderlichen Nachweise nicht geliefert haben, beseitigt, als darin, dass andere, deren Forderungen inzwischen geprüft oder unstreitig wurden, nachträglich in das Verzeichnis Aufnahme finden. An dem zur Verteilung bestimmten Massebestand darf nichts mehr geändert werden. Vielmehr ist bezüglich desselben die gemäss § 139 bewirkte Bekanntmachung entscheidend. (Bem. 2 zu § 146 ff.) Der Verwalter ist verpflichtet, die erforderlichen Änderungen binnen drei Tagen zu bewirken. Wenn er dieser Verpflichtung zuwidergehandelt und die Frist versäumt hat, setzt er sich nicht bloss einer Ordnungsstrafe aus. Vielmehr verliert er auch die Befugnis, nun noch seinerseits Änderungen an dem auf der Gerichtsschreiberei hinterlegten Verzeichnisse vorzunehmen. Dies ist zwar im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, aber es ergiebt sich aus der Vorschrift des § 146. Den Konkursgläubigern, welche das Verzeichnis nach Ablauf der dreitägigen Frist eingesehen haben, steht ein Recht darauf zu, dass dasselbe nicht noch nachträglich geändert wird. Andernfalls könnte ein Gläubiger kurz vor Ablauf der Einwendungsfrist gestrichen werden, ohne hievon etwas zu erfahren, und dadurch in die Lage kommen, seine Rechte nicht mehr wahren zu

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 550; Fitting S. 320 § 40 Anm. 16; Fuchs S. 132; Meisner S. 321; Meves S. 162; v. Sarwey S. 718; v. Völderndorff Bd. II. S. 448; Wengler S. 578; Willenbücher S. 191 Nr. 2; v. Wilmowski S. 390. A. M. ist Hullmann S. 292, welcher sogar annimmt dass die frühere Anmeldung einen Vorrang des nicht bevorrechtigten Gläubigers vor dem bevorrechtigten begründe.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 719; Stieglitz S. 569.

können. Endgültig wird das Verzeichnis allerdings erst nach Ablauf der Einwendungsfrist (§ 146) bezw. erst im Schlusstermine (§ 150) festgestellt. Nach Ablauf der im § 145 festgesetzten dreitägigen Frist können jedoch Änderungen nur vom Gerichte angeordnet werden.[1]) (Vgl. auch Bem. I. zu §§ 146 ff.) Sache des Gerichtsschreibers ist es, darüber zu wachen, dass keine nachträglichen Änderungen mehr erfolgen.

§ 146.

Bei einer Abschlagsverteilung sind Einwendungen gegen das Verzeichnis bis zum Ablaufe einer Woche nach dem Ende der Ausschlussfrist bei dem Konkursgerichte zu erheben.

Das Gericht entscheidet über die Einwendungen. Die Entscheidung, durch welche eine Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Die Beschwerdefrist beginnt mit dem Tage, an welchem die Niederlegung der Entscheidung erfolgt ist.

§ 147.

Für eine Abschlagsverteilung bestimmt der Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, dieser auf Antrag des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz.

Der Verwalter hat den Prozentsatz den berücksichtigten Gläubigern mitzuteilen.

§ 148.

Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners, wenn derselbe einen Zwangsvergleich vorgeschlagen hat, die Aussetzung einer Abschlagsverteilung anordnen, sofern nicht schon die Ausschlussfrist abgelaufen ist.

(E. §§ 146—148; M. S. 379, 380; K. S. 105—107, 183.)

1) Die §§ 146—148 regeln das Verfahren bei Abschlagsverteilungen. In § 146 wird zunächst bestimmt, in welcher Weise Einwendungen gegen das vom Verwalter aufgestellte Verzeichnis erhoben werden können. Da die vorgebrachten Erinnerungen meist einfacher thatsächlicher Natur sind und in der Regel nur die Befolgung oder Nichtbefolgung der für das Verteilungsverfahren erteilten Vorschriften betreffen, wurde die Beschreitung des Prozessweges zur Verfolgung dieser Einwendungen ausgeschlossen. (M. S. 379.) Dagegen erschien es mit Rücksicht auf die Gefahr, dass die zur Zeit der Schlussverteilung vorhandene Masse häufig nicht ausreichen werde, um die bei Abschlagsverteilungen vorgekommenen Irrtümer oder Unregelmässigkeiten noch ausgleichen zu können, als bedenklich, hier die Erledigung von Erinnerungen lediglich dem Verwalter oder dem Gläubigerausschusse zu überlassen. Das Gesetz lässt deshalb, obgleich im übrigen der Konkursrichter nicht

[1]) Vgl. Fitting S. 323 § 40 Anm. 22; Hullmann S. 293; v. Sarwey S. 721; Stieglitz S. 570; v. Völderndorff Bd. II. S. 455, 456; Willenbücher S. 192; v. Wilmowski S. 391. A. M. Wengler S. 579, 580.

mit einer Mitwirkung bei den Abschlagsverteilungen befasst ist, die Erhebung von Einwendungen gegen das Verzeichnis bei demselben zu. Die zur Geltendmachung derselben gesetzte Frist berücksichtigt die im § 145 dem Verwalter zur Pflicht gemachte Ergänzung des Verzeichnisses. In der Reichstagskommission wurde ein Antrag von Hullmann, nach welchem Einwendungen erst bezüglich der Schlussverteilung zulässig sein sollten, abgelehnt. (K. S. 105, 106.) Auch die in § 146 Abs. 1 festgesetzte Frist hat ausschliessende Wirkungen und ist nach § 68 K.-O. und § 200 C.-P.-O. zu berechnen. Eine Verlängerung der Frist und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet hier ebensowenig wie bei der Ausschlussfrist des § 140 statt. (Bem. II. 1 zu §§ 139 ff. S. 468).

Das nach § 139 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Verzeichnis muss dort während der ganzen zur Vorbringung von Einwendungen bestimmten Frist liegen bleiben. Auch bezüglich der dreitägigen Frist, während deren der Verwalter nach § 145 die auf Grund der vorhergehenden Bestimmungen erforderlichen Änderungen vorzunehmen hat, ist nicht vorgesehen, dass das Verzeichnis entfernt werden dürfe. Der Verwalter ist deshalb genötigt, die Abänderungen in den Geschäftsräumen der Gerichtsschreiberei oder ausserhalb der Geschäftsstunden derselben vorzunehmen. Andernfalls würde den Gläubigern die Frist, welche denselben das Gesetz einräumt, noch mehr verkürzt. Mit Rücksicht darauf ist es geboten, dass sich der Verwalter streng an die vorgesehene Frist hält. Übrigens müssen die Gläubiger, wenn sie sicher gehen wollen, nach Ablauf dieser dreitägigen Frist von dem Verzeichnisse Einsicht nehmen, da dasselbe sonst noch abgeändert werden kann. (Bem. III. 3 zu §§ 139 ff. S. 473.)

2) Das Recht zu Einwendungen steht nur denjenigen Konkursgläubigern zu, welche ein Interesse an der Änderung haben, also niemals bevorrechtigten Gläubigern gegenüber gewöhnlichen Konkursgläubigern, noch weniger den Massegläubigern und dem Gemeinschuldner. Die Einwendungen können sich sowohl gegen das ursprünglich aufgestellte Verzeichnis als gegen die vom Verwalter nach § 145 vorgenommenen Abänderungen richten und sowohl die Nichtberücksichtigung des die Einwendung erhebenden, als die Berücksichtigung eines andern Gläubigers zum Gegenstande haben. Dagegen können solche Thatsachen bezw. Nachweise, welche nach § 140 innerhalb der dort vorgesehenen Ausschlussfrist hätten beigebracht werden sollen, in der hier in Frage stehenden Frist nicht nachgeholt werden.[1]) Noch weniger ist es gestattet, auf dem hier vorgesehenen Wege Einwendungen gegen bereits festgestellte Forderungen zu erheben. Einwendungen, durch welche die im Prüfungstermine erfolgte Feststellung beseitigt werden soll, können vielmehr ebenso wie die Einwendungen, welche sich auf die angeblich erfolgte Tilgung der Forderung beziehen, nur gemäss § 686 der C.-P.-O. durch Klage geltend gemacht werden.[2]) Durch die Verweisung auf diesen Weg wird der bestreitende Gläubiger übrigens auch nicht gefährdet, weil der Verwalter den auf die nachträglich bestrittene Forderung entfallenden Betrag in entsprechender Anwendung des § 155 einstweilen zurückbehalten muss.[3])

3) Die Entscheidung des Konkursgerichtes kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Gegen dieselbe findet „sofortige Beschwerde" statt und zwar sowohl, wenn die Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet, als wenn dieselbe versagt wurde. (§ 66, M. S. 379.) In der Reichstagskommission (S. 106) bemerkte Hagens, ohne Widerspruch zu erfahren: „Der Entwurf wolle nicht, dass die Abschlagsverteilung bis zur Erledigung aller Einwendungen ausgesetzt werde; derselbe überlasse vielmehr die Anordnung hierüber dem freien richterlichen Ermessen." Auch entspricht diese Auffassung den Be-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 556; v. Sarwey S. 722; Stieglitz S. 571; v. Völderndorff Bd. II. S. 458; Wengler S. 581; Willenbücher S. 193; v. Wilmowski S. 392.

[2]) Vgl. v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; R.-G. (III.) 24. Febr. 1888, Entsch. Bd. XXI, S. 336, 338 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 24. Febr. 1888, Entsch. a. a. O.

stimmungen des § 535 C.-P.-O., welche hier massgebend sind. Die Entscheidung, durch welche eine Einwendung zurückgewiesen wird, ist dem betr. Gläubiger auch dann von Amts wegen zuzustellen, wenn eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat. (Bem. II. 1 zu § 66 S. 312.) Beteiligt sind hier ausser dem Verwalter die im Verzeichnisse berücksichtigten Gläubiger sowie derjenige, dessen Einwand zurückgewiesen wurde. Die Frist für die weitere Beschwerde (§ 531 C.-P.-O.) läuft vom Tage der Zustellung an. Die Entscheidung, durch welche die Berichtigung des Verzeichnisses angeordnet wird, ist nach § 146 Abs. 2 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Diese Vorschrift muss auch auf die Beschlüsse des Beschwerdegerichtes Anwendung finden. Von dieser Niederlegung an, welche die Zustellung ersetzt, läuft die Beschwerdefrist. Eine besondere Zustellung an die Beteiligten ist hienach nicht notwendig. (Bem. II. 2 zu § 66 S. 313.)[1]) Da eine Bekanntmachung der Niederlegung nicht vorgeschrieben ist,[2]) jedenfalls die Beschwerdefrist schon mit der Niederlegung beginnt, müssen die Beteiligten sich durch Nachfrage auf der Gerichtsschreiberei vergewissern, ob eine Berichtigung erfolgt ist. Mit Rücksicht darauf erscheint es, obgleich das Gesetz dies nicht vorschreibt, als angemessen, dass entweder der Beschluss den Beteiligten zugestellt oder die Niederlegung bekannt gemacht wird.

4) Nach Ablauf der in § 146 Abs. 1 bestimmten Frist oder nach endgültiger Entscheidung über die innerhalb derselben erhobenen Einwendungen steht der Kreis der teilnahmeberechtigten Konkursgläubiger sowie der zu berücksichtigende Betrag jeder Forderung fest. Ebenso lässt sich der Betrag der für die Verteilung verfügbaren Masse bestimmen, da nach § 159 Masseansprüche, welche bis zur Festsetzung des Prozentsatzes nicht zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind, nicht auf den zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlichen Massebestand geltend gemacht werden können. Zur Festsetzung des zu zahlenden Prozentsatzes bedarf es sonach nur einer einfachen Berechnung. Die Verteilung darf jedenfalls erst nach Ablauf der Frist erfolgen, innerhalb deren Einwendungen erhoben werden können. Wenn nur eine einzige Einwendung vorliegt, wird in der Regel die endgültige Entscheidung derselben abzuwarten sein. Doch kann unter Umständen ungeachtet dieser Einwendung eine Verteilung sofort erfolgen, wenn nur derjenige Betrag zurückbehalten wird, um den es sich bei der Einwendung handelt, so dass durch die Verteilung der Entscheidung nicht vorgegriffen wird. Ebenso kann, wenn mehrere Einwendungen erhoben worden sind, eine Verteilung schon dann erfolgen, wenn über einen Teil derselben entschieden worden ist. Es ist aber auch dann soviel zurückzubehalten, als notwendig ist, um alle Forderungen berücksichtigen zu können, welche beanstandet worden sind oder noch in das Verzeichnis aufgenommen werden sollen. Der Verwalter darf sich nicht in die Lage versetzen, diejenigen Forderungen nicht berücksichtigen zu können, auf welche sich die Einwendungen beziehen. Dagegen darf er soviel verteilen als unter allen Umständen verfügbar ist.[3]) Bei Abschlagszahlungen braucht der Verwalter nicht ängstlich darauf Bedacht zu nehmen, den ganzen verfügbaren Bestand zur Verteilung zu bringen. Vielmehr kann er einen annähernd passenden Prozentsatz in runder Zahl wählen, welcher eine rasche Berechnung des jedem einzelnen Gläubiger zukommenden Anteils gestattet. Die Bestimmung des Prozentsatzes erfolgt nach § 147 durch den Verwalter und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, durch diesen auf Antrag des Verwalters. Dieselben haben sich auf die Verteilung des nach Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung (§ 139) verfügbaren Bestandes der

[1]) Vgl. noch Fitting S. 324 § 41 Anm. 5; v. Völderndorff Bd. II. S. 460; Wengler S. 581 Nr. 5. A. M. Meisner S. 325; v. Sarwey S. 724; Stieglitz S. 572 Nr. II.; Willenbücher S. 193 Nr. 6; v. Wilmowski S. 392 Nr. 3.

[2]) Vgl. dagegen Fitting a. a. O.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 558; Fitting S. 325 § 41 Anm. 8; Hullmann S. 295; Meisner S. 325; v. Sarwey S. 725; Stieglitz S. 573 Nr. III.; Wengler S. 583; Willenbücher S. 193; v. Wilmowski S. 393. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S 461 Anm. 12.

Masse zu beschränken, einen inzwischen etwa eingetretenen Zuwachs der Masse aber ausser-acht zu lassen. Die Mitteilung des Prozentsatzes (§ 147 Abs. 2) soll die berücksichtigten Gläubiger in den Stand setzen, nunmehr die ihnen gebührenden Beträge zu erheben. (M. S. 379, 380.)

Eine Schmälerung des zu verteilenden Bestandes kann zunächst durch Masseansprüche bewirkt werden, welche erst nach der Bekanntmachung zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind. Es kann aber die Zurückhaltung eines grössern Betrages auch dann gerechtfertigt sein, wenn der Verwalter sich bezüglich des zur Verteilung verfügbaren Betrages geirrt hat. Die Gläubiger haben kein Recht darauf, dass der ganze, zur Verteilung vorläufig in Aussicht genommene, Betrag auch wirklich verteilt werde. Sie können deshalb auch nicht durch eine auf die Höhe des Prozentsatzes bezügliche Einwendung eine gerichtliche Entscheidung bezüglich der Frage herbeiführen, wie viel zu verteilen ist. Das Konkursgericht hat sich in reine Verwaltungsmassregeln nicht einzumischen.[1]) Besteht ein Gläubigerausschuss, so kann derselbe beschliessen, dass weniger verteilt werde, als der Verwalter beantragt hat. Derselbe ist aber nicht berechtigt, über dessen Antrag hinauszugehen und die Verteilung einer höhern als der beantragten Summe zu verfügen. Dies ergiebt sich daraus, dass der Ausschuss nach § 138 nur die vom Verwalter vorgeschlagene Verteilung zu genehmigen und nach § 147 den Prozentsatz nur „auf Antrag" des Verwalters zu bestimmen hat, sowie aus dem Verhältnisse zwischen Verwalter und Gläubigerausschuss. Wie letzterer den Verwalter nicht zwingen kann, eine Abschlagszahlung überhaupt vorzunehmen, so kann er auch nicht über den Antrag des Verwalters hinausgehen und vorschreiben, dass ein grösserer Betrag als derjenige verteilt wird, den der Verwalter für angemessen hält.[2]) Was die Mitteilung an die berücksichtigten Gläubiger anbelangt, so braucht dieselbe nicht durch eine förmliche Zustellung zu erfolgen, sondern es genügt eine briefliche Mitteilung. Diese muss aber an jeden berücksichtigten Gläubiger persönlich gerichtet werden. Eine öffentliche Bekanntmachung ist weder notwendig noch gerechtfertigt.[3])

5) Die Vorschrift des § 148 hat den Zweck, den Abschluss eines Zwangsvergleiches zu erleichtern. In der Reichstagskommission (S. 106, 107) wurde von Hagens bemerkt: „dass unter dem Vorschlage eines Zwangsvergleiches ein gemäss § 161 substantiierter Vorschlag zu verstehen sei." Auch ist es selbstverständlich, dass die Aussetzung nicht auf Grund eines Vorschlages erfolgen kann, welcher nach § 162 unzulässig ist. Die zeitliche Beschränkung durch die Ausschlussfrist (§§ 140—142) erstreckt sich nur auf den Antrag des Gemeinschuldners, nicht auf die Entscheidung des Gerichtes. Der Wortlaut des § scheint zwar für die entgegengesetzte Auffassung zu sprechen. Aber es muss angenommen werden, dass derselbe ungenau ist. Dass durch den Ablauf der Frist nur der Antrag des Gemeinschuldners ausgeschlossen wird, ergiebt sich aus der Natur der Sache, insbesondere daraus, dass der Antrag des Gemeinschuldners noch kurz vor Ablauf der Frist eingereicht werden kann, das Gericht sonach in derartigen Fällen seine Entscheidung gar nicht vor Ablauf der Frist in wirksamer Weise zu geben vermöchte. Andernfalls würde es auch im Belieben des Gerichtes stehen, dem Antrag des Gemeinschuldners durch Versäumung der Frist seine Wirkung und zugleich dessen Beschwerderecht die Grundlage zu entziehen. Für die Beschwerdeinstanz wäre es in den meisten Fällen kaum möglich, die Aussetzung rechtzeitig anzuordnen, wenn sie an die Ausschlussfrist gebunden wäre. Da im allgemeinen Fristen insbesondere Ausschlussfristen nur für die Parteien, nicht für Verfügungen des Ge-

[1]) Vgl. Fitting S. 326 § 41 Anm. 12; v. Sarwey S. 726, 727; Stieglitz S. 525 Anm. b; Willenbücher S. 194 Nr. 3; v. Wilmowski S. 394 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 463.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 462; v. Wilmowski S. 394 Nr. 2. A. M. Meisner S. 326; v. Sarwey S. 727, 728; Willenbücher S. 194 Nr. 3.

[3]) Vgl. Fitting S. 327 § 41 Anm. 16; v. Sarwey S. 728 Nr. 2; v. Wilmowski S. 394 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 464.

richtes bestimmt sind und kein Grund ersichtlich ist, warum dem Gerichte eine derartige Beschränkung auferlegt werden sollte, ist es nicht gerechtfertigt, auf den Wortlaut des Gesetzes mit dem sich auch die hier vertretene Auffassung vereinbaren lässt, das entscheidende Gewicht zu legen.[1]) Im übrigen ist es dem Ermessen des Gerichtes überlassen, ob es die Aussetzung anordnen will. Dem Verwalter bezw. dem Gläubigerausschusse steht, wenn einmal die Bekanntmachung einer bevorstehenden Verteilung erfolgt ist, nicht das Recht zu, dieselbe mit Rücksicht auf einen zu erwartenden Zwangsvergleich einzustellen. Aus § 154 ergiebt sich nicht die Befugnis, den Vollzug der Verteilung zu unterlassen.[2]) Gegen einen abweisenden Beschluss steht dem mit seinem Antrage zurückgewiesenen Gemeinschuldner, gegen die Aussetzung dem Verwalter und den bei der Verteilung berücksichtigten Konkursgläubigern das Recht der Beschwerde zu.[3]) Sobald der Vergleichsvorschlag endgültig verworfen ist (§§ 171, 174), verliert die Aussetzung ihre Kraft. Diese selbst wie die Aufhebung derselben ist öffentlich bekannt zu machen. (§ 68 Abs. 3 und Bem. II. 2 zu § 66 S. 313.)

§ 149.

Die Schlussverteilung erfolgt, sobald die Verwertung der Masse beendigt ist.

Die Vornahme der Schlussverteilung unterliegt der Genehmigung des Gerichtes.

§ 150.

Zur Abnahme der Schlussrechnung, zur Erhebung von Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis und zur Beschlussfassung der Gläubiger über die nicht verwertbaren Vermögensstücke bestimmt das Gericht einen Schlusstermin, welcher nicht unter drei Wochen und nicht über einen Monat hinaus anzuberaumen ist.

Die Bestimmungen des § 146 Abs. 2 finden auf die Schlussverteilung Anwendung.

§ 151.

Nach der Abhaltung des Schlusstermines beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 729 Text und Anm.; v. Völderndorff Bd. II. S. 466. A. M. sind: Fitting S. 328 § 41 Nr. III.; Stieglitz S. 577 Anm. a, S. 578; Willenbücher S. 194 und v. Wilmowski S. 395. Stieglitz und v. Wilmowski sprechen auch dem Beschwerdegerichte ausdrücklich die Befugnis ab, die Aussetzung nach Ablauf der Ausschlussfrist anzuordnen.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 729 Nr. 2. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 465.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 729 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 466; Willenbücher S. 195; v. Wilmowski S. 395. A. M. Fitting S. 328 § 41 Anm. 18, welcher den abweisenden Beschluss für unanfechtbar hält, und Stieglitz S. 578, der den Gläubigern ein Beschwerderecht nicht zugestehen will.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 152.

Nach der Aufhebung des Konkursverfahrens können die nicht befriedigten Konkursgläubiger ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Für die Gläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, findet gegen den Schuldner aus der Eintragung in die Tabelle die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung statt.

Für Klagen auf Erteilung der Vollstreckungsklausel, sowie für Klagen, durch welche die die Forderung selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden, oder der bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatsache, von welcher die Vollstreckung aus der Eintragung in die Tabelle abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das im § 134 Abs. 2 dieses Gesetzes bezeichnete Gericht zuständig.

(E. §§ 149—152; M. S. 380—386; K. S. 107, 108, 183.)

I. Vornahme der Schlussverteilung. (§ 149.)

1) Sobald die Verwertung der verkäuflichen Massegegenstände erfolgt ist, muss, und zwar ohne Verzug, zur Schlussverteilung geschritten werden. Die Erledigung aller Prozesse über streitige Konkursforderungen braucht nicht abgewartet zu werden, da für diese Forderungen unter den Voraussetzungen des § 140 durch Zurückbehaltung entsprechender Beträge gesorgt ist. Der Gemeinschuldner soll nach Flüssigmachung seines Aktivvermögens durch die Streitigkeiten unter den einzelnen Gläubigern nicht an der Wiederaufnahme seiner freien Erwerbsthätigkeit gehindert werden. (M. S. 380.) Dass die Unverkäuflichkeit einzelner zur Masse gehöriger Gegenstände der Vornahme der Schlussverteilung nicht im Wege steht, ergiebt sich aus § 150. (Bem. II. 2.) Handelt es sich um Gegenstände, welche nur vorläufig nicht verwertet werden können, aber erheblichen Wert für die Gläubiger haben und deshalb nicht aufgegeben werden sollen, oder bezüglich deren ein Prozess schwebt, so ist die Schlussverteilung aufzuschieben, da die nicht verwerteten Gegenstände nach der Aufhebung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner zufallen, eine Nachtragsverteilung bezüglich derselben sonach nicht stattfinden kann. (Bem. zu § 153.)[1])

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 562; Fitting S. 329 § 42 Anm. 1; v. Sarwey S. 730; Stieglitz S. 579; v. Völderndorff Bd. II. S. 468; Willenbücher S. 195 Nr. 1; v. Wilmowski S. 396 und 397 Nr. 2.

2) Die Schlussverteilung unterscheidet sich wesentlich von den blossen Abschlagsverteilungen; deshalb wurde für sie ein besonderes Verfahren vorgeschrieben. Da dieselbe unmittelbar zur Beendigung des gemeinschaftlichen Verfahrens führen soll (§ 151), so hat sie den endgültigen Ausschluss aller derjenigen Forderungen vom Konkursverfahren zur Folge, welche nicht nach Massgabe des Gesetzes geprüft worden sind oder in Ansehung deren Widerspruch erhoben und der nach den §§ 140—142 erforderliche Nachweis nicht innerhalb der Ausschlussfrist erbracht wurde. Die Vornahme der Schlussverteilung ist deshalb von der Genehmigung des Gerichtes abhängig gemacht, ohne welche die im § 139 vorgeschriebene Bekanntmachung mit rechtlicher Wirkung nicht erfolgen kann. (M. S. 380.) Wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, hat der Verwalter gemäss § 138, welcher sich auf alle Verteilungsarten erstreckt, zunächst dessen Genehmigung und, wenn diese erteilt wird, die des Gerichtes einzuholen. Wird die Genehmigung vonseite des Gerichtes versagt, so steht dem Verwalter bezw. dem Gläubigerausschusse und den einzelnen Gläubigern gegen die Entscheidung die sofortige Beschwerde zu.[1]) Wird die Genehmigung erteilt, so können dagegen die Gläubiger, welche hiedurch in ihren Interessen verletzt werden, wie auch in der Reichstagskommission (S. 107) anerkannt wurde, Beschwerde führen. Die Genehmigung der Verteilung ist ebenso wie die Versagung derselben eine Entscheidung im Konkursverfahren. Es muss deshalb § 66 Abs. 3 zur Anwendung kommen. Daraus, dass den Gläubigern auf die Entschliessungen des Verwalters hinsichtlich der vorzunehmenden Verteilung ein Einfluss nicht gewährt worden ist, sondern sie sich die Abschlagszahlungen gefallen lassen müssen, folgt keineswegs, dass sie auch einer vorzeitigen Schlussverteilung gegenüber schutzlos sind. Weil die Schlussverteilung so wichtige Folgen für die einzelnen Gläubiger hat, welchen durch dieselbe jede Befriedigung entzogen werden kann, hat das Gesetz dieselbe von der vorgängigen Genehmigung des Gerichtes abhängig gemacht. Hieraus ergiebt sich folgerichtig, dass sie auch gegenüber der gerichtlichen Entscheidung, durch welche sie benachteiligt werden, dasjenige Rechtsmittel haben, das ihnen § 66 in allgemeiner Weise einräumt. Dass die einzelnen Gläubiger nicht als Beteiligte anzusehen sind, kann unmöglich behauptet werden, da ihre Forderungen durch eine verfrühte Schlussverteilung vollständig entwertet werden können. Ferner darf man den Gläubigern das Beschwerderecht nicht in Ansehung der Genehmigung versagen, wenn man ihnen dasselbe in Ansehung der Verweigerung derselben einräumt.[2]) Ob der Gemeinschuldner gegen die Entscheidung des Gerichtes Beschwerde erheben kann, ist zweifelhaft, doch wird die Frage für beide Fälle zu bejahen sein, da die Interessen desselben durch den Beschluss unmittelbar berührt werden.[3]) Der Gerichtsbeschluss ist in allen Fällen, ob die Genehmigung erteilt oder versagt wird, nur dem Verwalter als Antragsteller, nicht auch den einzelnen Gläubigern besonders zuzustellen. Die gemäss § 139 erfolgende Bekanntmachung vertritt den Gläubigern gegenüber die Zustellung und ist für den Beginn der Beschwerdefrist entscheidend. (§ 68.) Will der Verwalter eine Schlussverteilung nicht vornehmen, so kann das Gericht dieselbe nicht unmittelbar anordnen, wohl aber gegen denselben gemäss § 76 vorgehen, wenn er die Verteilung pflichtwidrig verzögert. Das Verfahren bei der Schlussverteilung ist insofern dasselbe wie bei den Abschlagsverteilungen, als der Verwalter das Verzeichnis der Gläubiger in der nämlichen Weise wie dort anzufertigen und zu berichtigen hat und die Bekanntmachung der Verteilung in derselben Weise (gemäss § 139) erfolgt. Dagegen tritt an die Stelle der Einwendungsfrist des § 146 und des in demselben geregelten Ver-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 733; v. Völderndorff Bd. II. S. 471. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 563; Fitting S. 330 § 42 Anm. 3; Stieglitz S. 581; Willenbücher S. 196 Nr. 3 b; v. Wilmowski S. 397 Nr. 3.

[2]) So Endemann a. a. O.

[3]) Vgl. v. Sarwey a. a. O.; v. Völderndorff Bd. II. S. 470; Willenbücher S. 193 Nr. 6b; v. Wilmowski S. 397 Nr. 3. A. M. Endemann, Fitting und Stieglitz a. a. O.

fahrens die durch § 150 vorgeschriebene Verhandlung im Schlusstermine. (Bem. II.) Erst nach der Erledigung aller dort gegen das Schlussverzeichnis erhobenen Einwendungen kann die Schlussverteilung vollzogen werden. Dagegen ist es nicht geboten, die Erledigung der Prozesse abzuwarten, welche durch die Einwendungen gegen die Schlussrechnung entstanden sind. Sollten derartige Prozesse zu einem günstigen Ergebnisse führen, so kann dasselbe Veranlassung zu einer Nachtragsverteilung geben. (§ 153 Abs. 2.)

II. Schlusstermin. (§ 150.)

1) Auch wenn das Gericht die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt hat, kann dieselbe nicht ohne weiteres ausgeführt werden. Mit Rücksicht auf die infolge der Schlussverteilung eintretende Unmöglichkeit, vorgekommene Irrtümer und Unregelmässigkeiten innerhalb des Verfahrens wieder auszugleichen, wurde es für erforderlich gehalten, die Ausführung der frühern Verteilungen sowie die ganze Rechnungsführung des Verwalters vorher einer abschliessenden Prüfung zu unterziehen und danach sowohl den Kreis der nach gegenwärtiger Sachlage noch zu berücksichtigenden Forderungen als den Bestand der Restmasse endgültig festzustellen. (M. S. 380.) Die Ausführung der Schlussverteilung soll deshalb zunächst durch die Verhandlung im „Schlusstermine" und durch die Abnahme der Schlussrechnung des Verwalters, welche den allgemeinen Vorschriften des § 78 unterliegt, vorbereitet werden. Der Schlusstermin ist gemäss § 85 Abs. 2 öffentlich bekannt zu machen. Das nach § 139 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegende Schlussverzeichnis, in welches alle von der Ausschliessung nicht betroffenen Forderungen aufzunehmen sind, tritt für die Schlussverteilung und die etwaigen Nachtragsverteilungen (§ 153) an die Stelle der Tabelle und giebt für dieselben eine unumstössliche Grundlage ab. Einwendungen gegen das Verzeichnis sind in dem Termine zu erheben. (M. S. 380, 381.) Über die Begründung dieser Einwendungen, welche mündlich vorzubringen sind, kann das Gericht sofort im Termine entscheiden und die Entscheidung verkünden.[1]) Es kann aber die Entscheidung auch vertagen. Die Verkündung der Entscheidung macht deren Zustellung an die beteiligten Gläubiger nicht überflüssig. (Bem. II. 1 zu § 66 S. 313.)[2]) Wird durch dieselbe eine Berichtigung angeordnet, so hat ausserdem die in § 146 Abs. 2 vorgeschriebene Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei zu erfolgen, welche durch die Verkündung gleichfalls nicht unnötig wird.[3]) Diese Niederlegung ersetzt dagegen die Zustellung des Berichtigungsbeschlusses. (Bem. II. 2 zu § 66 S. 313.) Bezüglich der Verhandlung im Schlusstermine sind die allgemeinen Vorschriften über die Gläubigerversammlung (Bem. II. zu § 85 ff.) massgebend.

In der Reichstagskommission wurde die Reihenfolge der §§ 149—151 bemängelt. Dieselbe wurde aber auf den Wunsch von Hagens belassen, welcher bemerkte: „Es verstehe sich von selbst, dass der in § 149 gedachten Schlussverteilung der Schlusstermin vorhergehen müsse. In diesem Termine könnten Einwendungen gegen das Schlussverzeichnis erhoben werden; wenn dieser Fall eintrete, werde regelmässig die Verteilung solange ausgesetzt werden, bis über die Einwendungen entschieden sei. Indessen sei auch solchenfalls eine Verteilung nicht durchweg ausgeschlossen, da die Einreden nur einen Teil betreffen oder sichtlich unbegründet sein könnten." (K. S. 183.) Einwendungen, welche nicht gegen das Verzeichnis, sondern gegen die Schlussrechnung des Verwalters gerichtet sind, gehören nicht zur Zuständigkeit des Konkursgerichtes, sondern sind im Prozesswege zu erledigen. Übrigens sind auch diese Einwendungen nach § 78 bei Vermeidung der Ausschliessung im Schlusstermine mündlich vorzubringen. (Bem. 2 zu § 78 S. 336.) Hierher gehört dagegen

[1]) Vgl. Fitting S. 331 § 42 Anm. 11; Meves S. 166; v. Sarwey S. 736 Nr. 7; v. Wilmowski S. 400 Nr. 5. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 472, 477.

[2]) Vgl. noch v. Völderndorff S. 472 Anm. 2; v. Wilmowski S. 400 Nr. 5. A. M. Fitting S. 331 § 42 Anm. 11 und v. Sarwey S. 736 Nr. 7.

[3]) Vgl. Fitting, v. Sarwey und v. Wilmowski a. a. O.

der von dem Vermieter erhobene Anspruch, dass die seit der Konkurseröffnung vereinnahmten Mietzinsen ihm als absonderungsberechtigtem Gläubiger ausgezahlt und ihm als solchem auch die Kosten des Verkaufes der zurückbehaltenen Sachen vergütet werden müssten. Die Geltendmachung dieses Anspruches enthält die Einwendung, die in Frage stehenden Beträge gehörten nicht zu der unter die Konkursgläubiger zu verteilenden Masse. Es wird sonach durch dieselbe die Höhe einzelner in der Schlussrechnung vorkommender Posten beanstandet.[1])

2) Bezüglich der gleichfalls dem Schlusstermine vorbehaltenen Beschlussfassung über die nicht verwertbaren Vermögensstücke ist auf die Bem. II. 3 d zu §§ 121 ff. zu verweisen. Diese Beschlussfassung bezieht sich vornehmlich auf die Fälle, in welchen auch die ausserordentlichen, dem Verwalter unter Zustimmung des Gläubigerausschusses gestatteten, Formen der Verwertung zu keinem Ergebnisse geführt haben. Der Schlusstermin bietet eine geeignete Gelegenheit, wegen der Übernahme solcher Vermögensstücke durch einzelne Gläubiger zu verhandeln. Äussersten Falles sind dieselben der freien Verfügung des Gemeinschuldners zu überlassen. (M. S. 381.) Der von der Gläubigerversammlung gefasste Beschluss ist jedoch nicht unbedingt massgebend, da die zur Minderheit gehörigen Gläubiger das Einschreiten des Gerichtes veranlassen können, das nach § 91 die Ausführung des Beschlusses zu untersagen hat, wenn derselbe „dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht“.[2]) Eine Nachtragsverteilung kann bezüglich solcher Gegenstände nicht vorbehalten werden. (Bem. zu § 153.)[3])

3) Die Aufstellung eines Teilungsplanes wurde auch hinsichtlich der Schlussverteilung für entbehrlich gehalten, obgleich die Festsetzung eines den Gläubigern zu zahlenden Prozentsatzes hier unterbleibt. Durch die nach § 139 zu bewirkende Bekanntmachung der Teilungssumme und die Einsicht des auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Verzeichnisses werden die Gläubiger in die Lage gesetzt, ihre Forderung mit der Gesamtsumme aller berücksichtigten Forderungen zu vergleichen und so den bei der Schlussverteilung auf sie treffenden Teilbetrag zu ermitteln. (M. S. 381.)

4) Wenn die nach Vornahme von Abschlagszahlungen übrig gebliebene Restmasse durch Auszahlung von nachträglich beanspruchten Dividenden (Bem. III. zu §§ 139 ff.) vollständig erschöpft worden ist, fehlt es an einem Gegenstande für die Schlussverteilung. Nichtsdestoweniger sind die Förmlichkeiten derselben, welche sich alsdann als Teil der Rechnungslegung auffassen lassen, zu beobachten. Hiebei kommt auch die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung (§ 153) in Betracht. Am zweckmässigsten wird es sein, in einem solchen Falle die Nachzahlung selbst in den Formen einer Schlussverteilung vorzunehmen. (M. S. 371.)

III. Aufhebung des Konkursverfahrens. (§ 151.)

1) Erst mit der Schlussverteilung ist der Zweck des Konkurses erreicht. Die notwendige Folge hievon ist die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche schon, um einen sichern Boden für ihre Wirkungen zu gewinnen, durch einen förmlichen Beschluss des Gerichtes erfolgen muss. Da ein Streit über die Aufhebung nicht entstehen kann, wurde die Anfechtung des Beschlusses ausgeschlossen. Hienach ist nicht der Schlusstermin, sondern die Schlussverteilung entscheidend und kann erst nach deren Beendigung die Aufhebung des Verfahrens beschlossen werden. Übrigens genügt es, dass der zu verteilende Betrag sowie die Anteile der einzelnen Gläubiger feststehen und alle im Schlusstermine gegen das Schlussverzeichnis erhobenen Einwendungen erledigt sind. Dass thatsächlich allen Gläubigern

[1]) Vgl. R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, jur. Wochenschr. 1887 S. 41.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 577; v. Sarwey S. 735; Stieglitz S. 585 Nr. IV. 1.

[3]) Übereinstimmend: Fitting S. 332 § 42 Anm. 13; v. Sarwey S. 735; Stieglitz S. 586 Nr. IV. 1 und wohl auch v. Völderndorff Bd. II. S. 475.

ihre Anteile ausbezahlt worden sind oder ihnen auch nur Mitteilung von der Höhe ihrer Anteile gemacht wurde, ist nicht erforderlich.[1]) In der Reichstagskommission erhob Goldschmidt Bedenken gegen die Ausschliessung des Anfechtungsrechtes, weil die Aufhebung des Konkurses rechtlich von grosser Bedeutung sei, insbesondere gleichzeitig mit derselben oft Streitigkeiten darüber entschieden werden müssten, ob gewisse Gegenstände zur Masse gehören oder nicht. Von der Stellung eines besondern Antrages wurde aber abgesehen und die vorgeschlagene Vorschrift unverändert angenommen. Vorher war von den Regierungskommissären hervorgehoben worden, dass die Hinausschiebung der Konkursaufhebung, nachdem einmal die Schlussverteilung stattgefunden, ohne materielle Bedeutung sei, und hatte Hagens bemerkt: „Wenn auch die sofortige Beschwerde nicht suspendiere, so werde ein vorsichtiger Richter doch die Veröffentlichung solange aussetzen, bis die Beschwerdefrist abgelaufen und die Beschwerde erledigt sei. Ein materielles Interesse an der Hinausschiebung der Aufhebung des Konkurses hätten die Konkursgläubiger umsoweniger, als sie alle erst nachträglich zum Vorschein kommenden Gegenstände, soweit sie zur Konkursmasse gehören, durch Nachtragsverteilungen in Anspruch nehmen könnten; überdies seien nach Lage der Konkursordnung die Gläubiger befugt, vor der Aufhebung des Konkurses eine vorzeitige Genehmigung der Schlussverteilung mit der Beschwerde anzufechten.“ Ein Antrag von Ausfeld, statt „die Aufhebung“ zu sagen: „über die Aufhebung“, wurde abgelehnt, nachdem Hagens denselben „für überflüssig“ erklärt und bestätigt hatte, auch nach den Absichten des Entwurfes solle das Gericht nicht bloss eine formale Folgerung aus dem bisherigen Verfahren ziehen, sondern sachlich prüfen, ob der Zeitpunkt für die Aufhebung gekommen sei. (K. S. 107, 108. Vgl. hiezu auch § 156.)

Durch die Aufhebung des Konkursverfahrens, welche auch nach Bestätigung des Zwangsvergleiches stattfindet (§ 175), und welche unterschieden wird von der Einstellung des Verfahrens (§§ 188 ff.), erlangt der Gemeinschuldner wieder das volle freie Verfügungsrecht über sein Vermögen, soweit dasselbe nicht zur Befriedigung der Konkursgläubiger verwendet worden ist. Insbesondere kann er über Forderungen verfügen, welche der Verwalter nicht eingezogen, sondern ihm überlassen hat.[2]) Auch wird damit der Unterbrechung der anhängigen Prozesse (§ 218 C.-P.-O.) ein Ende gemacht und hört zufolge derselben die Thätigkeit des Verwalters wie diejenige des Gläubigerausschusses und der Gläubigerversammlung auf. Der Verwalter hat übrigens die Verpflichtung, sich der Erledigung der noch schwebenden Aufgaben, insbesondere der noch anhängigen Prozesse und der Nachtragsverteilungen zu unterziehen. (Bem. 2. zu § 153.)

2) Die Aufhebung und der Grund der Aufhebung müssen öffentlich bekannt gemacht werden, um die Gläubiger und sonstige Beteiligte von der Sachlage in Kenntnis zu setzen und der öffentlichen Bekanntmachung über die Konkurseröffnung entgegenzuwirken. In der Regel wird es sich empfehlen, die Aufhebung durch dieselben Blätter zu veröffentlichen, in welchen die Eröffnung des Verfahrens bekannt gemacht worden ist. Ausser der öffentlichen Bekanntmachung wird auch die Mitteilung an die in den §§ 104 und 111 bezeichneten Behörden in der Regel geboten sein. Deshalb ist die entsprechende Anwendung der §§ 104 und 106 vorgeschrieben. Wie die Wirkungen der Eröffnung des Verfahrens kraft Gesetzes eintreten (§ 5), so erfolgt auch der Eintritt der mit der Aufhebung verknüpften Wirkungen von Rechts wegen. (M. S. 381, 382.) Dass die Wirkung der Aufhebung mit Erlass des Beschlusses eintritt, ist im § nicht (wie in § 100 Abs. 2) gesagt. Es können deshalb die Wirkungen der Aufhebung erst an dem Tage eintreten, an welchem die Bekanntmachung des Beschlusses als bewirkt gilt. (§ 68 Abs. 1.) Dies ist umsomehr anzunehmen, als bezüglich der Aufhebung, welche auf Grund eines Zwangs-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 589; v. Völderndorff Bd. II. S. 478. A. M. in der letztern Richtung Fitting S. 334 § 42 Anm. 20.

[2]) Vgl. R.-G. (VI.) 7. Juni 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 1297.

vergleiches erfolgt, und hinsichtlich der Einstellung des Verfahrens ausdrücklich auf die Bekanntmachung verwiesen wird. (M. S. 421 und 438.) Die Wirkungen der Aufhebung treten allen Beteiligten gegenüber gleichzeitig ein.[1]) Für die Annahme, dass der Gemeinschuldner schon in dem Augenblicke, in welchem ihm die Aufhebung eröffnet wird, das Verfügungsrecht wiedererlangt, den Gläubigern gegenüber aber die Aufhebung erst später wirksam wird, finden sich im Gesetze keinerlei Anhaltspunkte. Übrigens hat eine solche Unterscheidung nach der Konkursordnung kaum eine praktische Bedeutung. Die Verweisung auf § 103 Abs. 2, nach welcher die Veröffentlichung auch im deutschen Reichsanzeiger erfolgen muss, wurde von der Reichstagskommission beigefügt. Eine besondere Zustellung an die dem Gerichte bekannten Konkursgläubiger ist nicht erforderlich, da im § nur auf Abs. 2, nicht auch auf Abs. 3 des § 103 verwiesen worden ist.[2])

IV. Nachforderungsrecht der Gläubiger. (§ 152.)

1) Die Vorschriften des § 152 gelten sowohl für die gemäss § 151 erfolgte Aufhebung des Verfahrens als für die in den §§ 188 ff. geregelte Einstellung desselben. (§ 192 Abs. 2.) Wenn das Verfahren auf Grund eines Zwangsvergleiches (§ 175) aufgehoben wird, kann das in § 152 anerkannte Nachforderungsrecht jedoch nicht geltend gemacht werden. Vielmehr sind dann lediglich die Bestimmungen des Zwangsvergleiches massgebend. (§ 178.)

2) Durch Abs. 1 des § sind, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 108) hervorgehoben wurde, alle diejenigen Beschränkungen beseitigt worden, durch welche das bisher bestehende Recht den Gemeinschuldner gegen eine nach Aufhebung des Konkurses eintretende Verfolgung seitens der Gläubiger schützte. Insbesondere ist dem vielfach zur Geltung gelangten Grundsatze seine Wirkung entzogen worden, dass eine Nachforderung gegen den zur cessio bonorum zugelassenen Schuldner nur erfolgen könne, wenn der Schuldner in bessere Vermögensverhältnisse gelangt und das neue Vermögen nicht zu seinem und der Seinigen Unterhalte erforderlich sei. Die Konkursgläubiger können sonach, soweit sie nicht durch freiwilligen oder Zwangsvergleich beschränkt sind, bezw. einen Erlass bewilligt haben, ihre Forderungen, welche nicht angemeldet oder nicht berichtigt wurden, gegen den Schuldner jeder Zeit geltend machen und sich an dessen ganzes Vermögen halten. (M. S. 383.) Soweit die Rechtswohlthat des Notbedarfes zur Zeit der Einführung der Konkursordnung bereits erworben war, ist jedoch durch die Vorschriften dieses Gesetzbuches eine Änderung nicht bewirkt worden. Die in Frage stehenden Forderungen haben vielmehr ihre Eigenschaft als bedingte Forderungen beibehalten. Das beneficium competentiae betrifft nicht bloss das Zwangsvollstreckungsverfahren, ist sonach nicht bloss prozessualer Natur, sondern hat eine materiell rechtliche Bedeutung. Der einmal erworbene Anspruch wurde deshalb durch die Einführung der Civilprozessordnung und Konkursordnung nicht berührt.[3]) Auch soferne

[1]) Vgl. Fitting S. 335 § 42 Anm. 28; Hullmann S. 299; König S. 86; Meisner S. 329 Text und Anm. 2; v. Sarwey S. 738 Nr. 2 und 740 Nr. 2; Stieglitz S. 593; Wengler S. 589 Nr. 3; Willenbücher S. 198 Nr. 4; v. Wilmowski S. 402 Nr. 2; Ldg. Leipzig 28. Dez. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 608. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 482, der im Anschlusse an die Rechtsprechung des frühern preussischen Obertribunals zwischen den Wirkungen für den Gemeinschuldner und denjenigen für Dritte unterscheidet.

[2]) Vgl. Fitting S. 335 § 42 Anm. 24; Hullmann a. a. O.; v. Sarwey S. 738 Nr. 2; Stieglitz S. 591; v. Völderndorff Bd. II. S. 481; Wengler S. 598 Nr. 6; v. Wilmowski S. 402 Nr. 3. A. M. Meisner S. 329 Anm. 1.

[3]) Vgl. Altmann, das beneficium competentiae S. 82 ff.; Hellmann, Lehrbuch S. 829; Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 23; v. Mandry S. 373 § 41 Anm. 7; v. Sarwey S. 742; Stieglitz S. 594 Anm. b; Wach, Handbuch Bd. I. S. 129 § 9 Anm. 36; Wagemann in Buschs Zeitschr. Bd. III. S. 33 ff.; Windscheid Bd. II. S. 69 § 267 Anm. 1 a. E.; R.-G. (I.) 18. Juni 1881, Entsch. Bd. VI. S. 147; O.-L.-G. Darmstadt 5. Juni 1880, Arch. für prakt. Rechtsw. N. F. Bd. 12 S. 310 ff.; O.-L.-G. Celle 12. März 1880, O.-L.-G. Braunschweig 31. März 1882, bayer. oberstes Landesg. 6. Febr. 1882,

das Konkursverfahren erst nach dem 1. Okt. 1879 beendigt, der Anspruch auf die erwähnte Rechtswohlthat also erst nach Einführung der Konkursordnung erworben wurde, ist die Anwendung des § 52 ausgeschlossen, wenn das Konkursverfahren vor dem 1. Okt. 1879 eröffnet und gemäss § 8 des Einführungsgesetzes nach den Vorschriften des ältern Rechtes erledigt wurde. Die materiell-rechtliche Wirkung des bisherigen Verfahrens musste sich auch in diesen Fällen geltend machen, da auf dieselben die Konkursordnung, also auch § 152 derselben überhaupt keine Anwendung zu finden hatte.[1]) Soweit das beneficium competentiae gegenüber einzelnen Gläubigern, ganz abgesehen vom Konkursverfahren auf Grund des allgemeinen bürgerlichen Rechtes beansprucht werden kann, ist dasselbe natürlich von der Konkursordnung unabhängig. Aber auch durch die Civilprozessordnung und das Einführungsgesetz zu derselben (§ 14) wurde dieses Recht, weil es materiellrechtlicher Natur ist, nicht beseitigt.[2])

Zu den Forderungen, welche nun gegen den Gemeinschuldner geltend gemacht werden können, gehören auch diejenigen, deren Geltendmachung im Konkurse durch § 56 ausgeschlossen war. Das Recht zur Klage entsteht an dem Tage, an welchem der Aufhebungsbeschluss nach § 68 Abs. 1 als bekannt gemacht gilt. (Bem. III. 2. S. 483). Die Möglichkeit einer Nachtragsverteilung steht der Verfolgung des Gemeinschuldners nicht im Wege.

3) Über die Frage, inwieweit die ergangenen Feststellungen und Urteile (§§ 132, 133 Abs. 2, 135) nach Aufhebung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam sind, bestand sowohl im Gebiete des gemeinen Rechtes als unter der Herrschaft der preussischen Konkursordnung lebhafter Streit. Die Konkursordnung hat sich der gemeinrechtlichen, auch vom Reichsoberhandelsgerichte beobachteten Übung, nach welcher die im Konkursverfahren und in den Specialprozessen erfolgten Feststellungen dem Schuldner gegenüber keine urteilsmässigen Wirkungen haben, nicht angeschlossen. Ebensowenig wollte man im Anschlusse an die Übung des frühern preussischen Obertribunals und an die Vorschriften der bayerischen Prozessordnung (Art. 1315 Abs. 2) der konkursmässigen Feststellung ganz allgemein auch für den Fall eines Widerspruches die Wirkung eines gegen den Gemeinschuldner ergangenen Erkenntnisses beilegen. Vielmehr dürfen die festgestellten Forderungen nur dann auf dem Wege der Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner beigetrieben werden, wenn sie nicht vom Gemeinschuldner im Prüfungstermine, in welchem sich derselbe nach § 129 über jede Forderung zu erklären hat, ausdrücklich bestritten worden sind. Das Bestreiten des Schuldners hat hienach auf das Teilnahmerecht der Gläubiger am Konkurse keinen Einfluss, kann diese aber veranlassen, den ihnen offen stehenden Weg der Klage gegen den Schuldner sofort zu beschreiten. Dass auch weniger gewissenhafte Schuldner vom Bestreiten keinen ausgedehnten Gebrauch machen, wird deshalb erwartet, weil das Zustandekommen eines Zwangsvergleiches und die Bewilligung einer Unterstützung in der Hand der Gläubiger liegt. (M. S. 383—385.) Hat der Gemeinschuldner Widerspruch nicht erhoben, so wird auch nach Aufhebung des Konkursverfahrens kein Raum für Anstellung einer Klage sein, weil unter dieser Voraussetzung die Eintragung in die Tabelle, welche nach § 133 Abs. 2 den Konkursgläubigern gegenüber wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, nach § 152 Abs. 2 dem Schuldner gegenüber einen vollstreckbaren Schuldtitel bildet, der Gläubiger sonach kein Interesse daran hat, noch ein Urteil zu erlangen.[3]) Auch für die Gebiete des

Seuffert, Arch. Bd. 35 S. 472, Bd. 38 S. 443 und S. 215 ff.; O.-L.-G. Jena 31. Jan. 1881, Juristenzeit. Bd. VI. S. 160; O.-L.-G. Nürnberg 30. März 1883, Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 486. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 83 Anm. 8.

[1]) Vgl. Stieglitz, Wagemann, O.-L.-G. Celle und Nürnberg an den angeführten Stellen. A. M. auch hier v. Völderndorff a. a. O.

[2]) Vgl. Altmann a. a. O. S. 85 ff.; Eccius Bd. I. S. 765 § 113 Anm. 5; Kohler in Grünhuts Zeitschr. Bd. 14 S. 23; v. Mandry S. 373 § 41 Anm. 6; v. Wilmowski S. 403; v. Wilmowski und Levy, C.-P.-O. S. 833. A. M. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 275 § 110 Text und Anm. 5.

[3]) Vgl. O.-L.-G. Hamburg 11. Mai 1883, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. V. S. 5.

rheinischen Rechtes besteht das Bedürfnis einer Klage zum Zwecke der Erlangung einer Urteilshypothek nicht, da der Eintrag in die Tabelle eine solche mit sich führt. (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff. S. 443 Anm. 2.)

4) Die Eintragung in die Tabelle bildet einen Schuldtitel für die Zwangsvollstreckung, indem die von dem Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes erteilte, mit der Vollstreckungsklausel versehene, auszugsweise Ausfertigung der letztern der Zwangsvollstreckung zur selbständigen Grundlage dient.[1]) Im allgemeinen hat die Konkursordnung sich damit begnügt, die entsprechende Anwendung der §§ 662—701 der C.-P.-O. vorzuschreiben. (M. S. 385.) Der Gläubiger muss hienach allerdings die Aufhebung des Verfahrens beweisen, da die Vollstreckung von dem Eintritte dieser Thatsache abhängt. (§ 664 C.-P.-O.) Auch muss er diesen Beweis durch eine öffentliche Urkunde führen, soweit nicht die Aufhebung des Konkursverfahrens bei dem betr. Gerichte infolge der stattgehabten Bekanntmachung offenkundig ist.[2]) Die von dem Konkursgerichte erteilte Bestätigung der Aufhebung bildet aber eine öffentliche Urkunde, wie sie § 664 C.-P.-O. vorsieht, und muss deshalb genügen.

Inbetreff der in den §§ 667, 686, 687 C.-P.-O. bestimmten Gerichtsstände war eine besondere Vorschrift geboten. Nach dieser (Abs. 3) ist der Gerichtsstand bei dem im § 134 Abs. 2 bezeichneten Gerichte begründet. Einwendungen, welche sich auf den im Vollstreckungstitel festgestellten Anspruch selbst beziehen, kann hienach der Gemeinschuldner nur gemäss § 686 C.-P.-O. geltend machen. Die Stelle der mündlichen Verhandlung, in welcher die Einwendung nach der C.-P.-O. spätestens hätte geltend gemacht werden müssen, vertritt hier der Prüfungstermin. Einwendungen gegen die Erteilung der Vollstreckungsklausel sind nach §§ 664 ff. der C.-P.-O. zu beurteilen. Zur Entscheidung ist nach § 668 das Konkursgericht zuständig, da von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel zu erteilen ist. Der Wert des Streitgegenstandes richtet sich nach der Höhe der Forderung in ihrem jetzigen Betrag. Eine (entsprechende) Anwendung des § 136 kann nicht erfolgen, weil eine Teilungsmasse fehlt, überhaupt ein Konkursverfahren nicht mehr stattfindet.[3]) Hat der Gemeinschuldner die im Konkursverfahren geltend gemachte und festgestellte Forderung anerkannt, so ist er an diese Anerkennung gebunden und kann nicht mehr verlangen, dass auf das frühere Rechtsverhältnis zurückgegangen werde. Es kommt also auch nach Beendigung des Konkursverfahrens lediglich die in demselben festgestellte Geldforderung in Betracht, obgleich es sich ursprünglich um eine andere Leistung handelte. Auch kann der Einwand, dass die Forderung nicht fällig sei u s. w., vom Gemeinschuldner nicht mehr geltend gemacht werden, wenn er sich die Eintragung in die Tabelle ohne Widerspruch gefallen liess. Die Umwandlung, welche die Forderung im Konkurse zufolge der §§ 15, 16 oder der §§ 58 und 62 erfahren hat, ist in diesem Falle auch dem Gemeinschuldner gegenüber wirksam. Andererseits kann aber auch der Gläubiger, wenn der Schuldner gegen die im Konkurse festgestellte Forderung Widerspruch nicht erhoben hat, seine Nachforderung nur auf dem in § 152 Abs. 2 vorgesehenen Wege geltend machen und nicht mehr unter Ausserachtlassung der Eintragung auf das frühere Rechtsverhältnis zurückgreifen.[4]) Die Feststellung im Konkurse hat zufolge der Anerkennung durch den Gemeinschuldner auch für das Verhältnis zwischen diesem und dem Gläubiger die Bedeutung eines rechtskräftigen Urteiles. Weder der Gläubiger noch der Gemeinschuldner kann sich hienach durch einen im Prüfungstermine gemachten Vorbehalt sein ursprüngliches Recht gegenüber der Feststellung wahren.[5])

1) Vgl. R.-G. (I.) 6. April 1886, Schlesw.-Holst. Anz. 1886 S. 295.

2) Vgl. Ldg. Leipzig 28. Dez. 1881, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 608.

3) Vgl. dagegen v. Völderndorff Bd. II. S. 495.

4) Vgl. dagegen Schultze, Konkursr. S. 79 ff. und v. Völderndorff Bd. II. S. 489, 490, welche annehmen, der Gläubiger dürfe, gleichviel ob der Gemeinschuldner die Forderung bestritten oder anerkannt habe, seine Forderung in der ursprünglichen Gestalt geltend machen.

5) Vgl. König S. 87; v. Sarwey S. 744, 745; Stieglitz S. 597; Willenbücher S. 199 Nr. 4; v. Wilmowski S. 405, 406. A. M. Hullmann S. 274, 299, 300 und Wengler S. 595. v. Wilmowski

5) Hat der Gemeinschuldner gegen die Forderung im Prüfungstermine Widerspruch erhoben, so äussert die im Konkursverfahren bewirkte Feststellung ihm gegenüber keine Wirkung, gleichviel, ob dieselbe im Prüfungstermine oder in einem Specialprozesse durch Urteil erfolgte. In diesem Falle ist es Sache des nachfordernden Gläubigers, sich dem Gemeinschuldner gegenüber einen Titel zu verschaffen und auf Grund desselben gegen ihn vorzugehen. Auch kommt es dann lediglich auf das ursprüngliche Rechtsverhältnis zwischen den beiden an, so dass die für das Konkursverfahren massgebenden Änderungen insbesondere die eingetretenen Beschränkungen dem Gemeinschuldner gegenüber nicht wirken. (Vgl. Vorbem. 3 zu §§ 46 ff. S. 239, Bem. I. zu § 56, Bem. 1 zu § 58, Bem. 2 a. E. zu § 63. Dasselbe gilt auch zu § 62.) Die durch den Zwangsvergleich herbeigeführte Minderung einer Forderung behält natürlich nach Aufhebung des Konkursverfahrens ihre Wirkung, da die teilweise Entlastung des Gemeinschuldners gerade den Zweck des Zwangsvergleiches bildet. Ebenso bleiben diejenigen Wirkungen bestehen, welche infolge der von dem Verwalter als Vertreter des Gemeinschuldners getroffenen Verfügungen, insbesondere der gemäss §§ 15 ff. von demselben abgegebenen Erklärungen und der im Konkursverfahren vollzogenen Aufrechnung, eingetreten sind. (Vgl. Vorbem. 3 und 5 a. E. zu §§ 46 ff. S. 240 Anm. 2 und 3, S. 241 Anm. 3, Bem. II. 2 zu § 5, Bem. I. 4 zu §§ 8 ff. S. 47 und Bem. I. 5 zu § 15 S. 64.) Für das Verhältnis des Gemeinschuldners bezw. seiner Rechtsnachfolger zu unbefriedigten Massegläubigern sind gleichfalls die Handlungen des als Vertreter des Gemeinschuldners handelnden Verwalters massgebend. (Vgl. Bem. II. 1 und II. 2 zu § 5 S. 30 bis 34 und Vorbem. 2 zu §§ 50 ff. S. 255, 256.)[1])

Wenn eine Forderung vom Verwalter oder von einem Gläubiger mit Erfolg bestritten und die Forderung deshalb nicht in die Tabelle eingetragen wurde, kann der Gemeinschuldner, welcher in dem Specialprozesse nicht für seine Person beteiligt war, sich nicht auf ein in demselben ergangenes abweisendes Urteil berufen, um damit die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu begründen. So wenig die in einem solchen Prozesse ergangenen Feststellungsurteile ihm entgegengehalten werden können, so wenig kann er sich auf ein gegen den Gläubiger ergangenes Urteil berufen.[2]) Die Beschränkung der Rechtskraft, welche § 133 Abs. 2 bezüglich der Eintragung in die Tabelle vorgesehen hat („gegenüber allen Konkursgläubigern"), kommt nicht bloss dann zur Geltung, wenn die Eintragung auf Grund eines zwischen mehreren Gläubigern ergangenen Urteils erfolgt, sondern auch dann, wenn der Verwalter eine Forderung bestritten hatte. Dessen Befugnis zur Vertretung in den Specialprozessen erstreckt sich nur auf die Frage, ob eine angemeldete Forderung im Konkursverfahren berücksichtigt werden soll; bezüglich der weitern Frage, ob die Forderung auch im übrigen d. h. in Beziehung auf das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen geltend gemacht werden kann, hat dagegen nach § 132 Abs. 2 und § 152 Abs. 2 der Gemeinschuldner ausnahmsweise selbst zu entscheiden bezw. die Prozesse zu führen. (Bem. II. 2 zu §§ 129 ff. S. 445.) Die Fälle, in welchen der Gläubiger, abgesehen von einer Feststellung seiner Forderung, für dieselbe vor der Eröffnung oder während der Dauer des Konkursverfahrens einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Gemeinschuldner erlangt hat, wurden nicht besonders geregelt. Mit dem Fortfalle der für die Dauer des Verfahrens durch § 11 angeordneten Hemmung der Einzelvollstreckung finden auf einen solchen Schuldtitel, dessen Wirksamkeit, soweit es sich um das Verhältnis des Gläubigers dem Gemeinschuldner gegenüber handelt, durch das Konkursverfahren nicht berührt wird, die allgemeinen Grundsätze

fasst den von dem Gemeinschuldner gemachten Vorbehalt als Bestreitung auf, erklärt dagegen den Vorbehalt des Gläubigers für unwirksam.

[1]) Vgl. noch Endemann, Konkursverf. S. 580; v. Sarwey S. 743.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 299, 300 § 115 Text und Anm. 22; v. Sarwey S. 747; Stieglitz S. 598, 599; Schultze, Konkursr. S. 74; v. Völderndorff Bd. II. S. 491, 492; Willenbücher S. 199 Nr. 3; v. Wilmowski S. 405; O.-L.-G. Hamburg 26. April 1883, Hanseat. Gerichtsz. (Beiblatt) Bd. IV. S. 252.

Anwendung. (M. S. 386.) Ob der Gemeinschuldner, wenn er dem aus der Konkursmasse teilweise befriedigten Gläubiger gegenüber mit der Behauptung durchdringt, dass derselbe gar nichts zu fordern habe, seinerseits verlangen kann, dass dieser ihm das herausbezahle, was er aus der Konkursmasse erhalten hat, kann als zweifelhaft erscheinen, da er selbst nichts bezahlt hat, und wenn die Forderung zurückgewiesen worden wäre, der in Frage stehende Betrag nicht dem Gemeinschuldner, sondern den Konkursgläubigern zugeflossen sein würde. Die Frage wird aber dennoch zu bejahen sein. Die Zahlung ist immerhin aus dem Vermögen des Gemeinschuldners erfolgt und es würde sich dessen Schuldenmasse verringert haben, wenn die Forderung nicht angemeldet oder nicht zugelassen worden wäre. Der Gläubiger würde sich also ohne Rechtsgrund zum Nachteile des Gemeinschuldners bereichern, wenn er das mit Unrecht Empfangene behalten dürfte.[1]) Übrigens ist diese Frage nach den im allgemeinen bürgerlichen Rechte geltenden Grundsätzen über Bereicherungsklagen zu beurteilen.

§ 153.

Wenn nach dem Vollzuge der Schlussverteilung Beträge, welche von der Masse zurückbehalten sind, für dieselbe frei werden, oder Beträge, welche aus der Masse gezahlt sind, zur Masse zurückfliessen, so sind dieselben von dem Verwalter nach Anordnung des Konkursgerichtes auf Grund des Schlussverzeichnisses zur nachträglichen Verteilung zu bringen. Die über die Verwaltung und Verteilung solcher Beträge abzulegende Rechnung unterliegt der Prüfung des Konkursgerichtes.

Dasselbe gilt, wenn nach der Schlussverteilung oder der Aufhebung des Verfahrens zur Konkursmasse gehörige Vermögensstücke ermittelt werden.

(E. § 153; M. S. 386; K. S. 108, 183.)

1. *Veranlassung und Gegenstand der Nachtragsverteilung.*

Nachtragsverteilungen werden zwar durch die auf die Berücksichtigung der Forderungen bei der Schlussverteilung bezüglichen Vorschriften, durch die zwanglose Verwertung der Teilungsmasse und durch die leichtere Ausführung einer Verteilung auf ein geringes Mass zurückgeführt, lassen sich aber nicht gänzlich vermeiden. Sie können sowohl vor als nach der Beendigung des Verfahrens notwendig werden. Veranlassung zu einer Nachtragsverteilung ist nach der Konkursordnung nur dann gegeben, wenn sich „nach Vollzug der Schlussverteilung“ eine neue Masse gebildet hat. Dies ist nicht so zu verstehen, dass dasjenige, was nach Abhaltung des Schlusstermines aber während des Vollzuges der Schlussverteilung in die Masse fliesst, nicht Gegenstand einer Nachtragsverteilung bilden könne. Vielmehr ist — für Abs. 1 wie für Abs. 2 — derjenige Zeitpunkt massgebend, in welchem die Berechnung der Schlussdividende erfolgt ist. (Vgl. auch Bem. III. 1 zu §§ 149 ff. S. 482 a. E.) Alle Beträge bezw. Vermögensstücke, welche später, d. h. nachdem der

[1]) Vgl. Meisner S. 332; v. Sarwey S. 746; v. Völderndorff Bd. II. S. 493, 494. A. M. Fitting S. 116 § 12 Anm. 44; Stieglitz S. 599; v. Wilmowski S. 405.

Vollzug der Schlussverteilung begonnen hat, ermittelt worden sind und deshalb bei der Schlussverteilung nicht berücksichtigt werden konnten, sind zur nachträglichen Verteilung zu bringen.[1])

Gegenstand einer Nachtragsverteilung sind hienach vor allem die gemäss § 155 zurückbehaltenen Beträge, welche endgültig als Bestandteil der Konkursmasse anzusehen sind, weil der Prozess zu Ungunsten des anmeldenden Gläubigers ausfiel, die auflösende Bedingung eintrat u. s. w., sowie diejenigen Beträge, welche aus einem andern Grunde z. B. infolge einer Ersatzleistung des Verwalters, der Zurückzahlung einer ohne Rechtsgrund erfolgten Zahlung in die Masse zurückflossen. Aber auch solche Gegenstände gehören hierher, welche bereits zur Zeit der Konkurseröffnung einen Bestandteil der Konkursmasse bildeten, jedoch beiseite geschafft worden waren. Eine Nachtragsverteilung kann dagegen nicht stattfinden, wenn eine vor Eröffnung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommene Veräusserung nach Aufhebung dieses Verfahrens von einem einzelnen Gläubiger mit Erfolg angefochten worden ist. Die vom Gemeinschuldner in anfechtbarer Weise veräusserten Gegenstände haben dadurch immerhin aufgehört, zu dessen Vermögen zu gehören (Bem. III. 2 zu § 22 Text zu Anm. 4) und hätten nur Bestandteil der Konkursmasse werden können, wenn der Verwalter während des Konkursverfahrens die Veräusserung mit Erfolg angefochten hätte. Durch die von einem Gläubiger vorgenommene Anfechtung, welche nur diesem einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr der veräusserten Sache verschafft, indem dieselbe ihm gegenüber so behandelt wird, als ob sie noch zum Vermögen des Schuldners gehörte, wird sonach ein neuer „zur Masse gehöriger“ Gegenstand nicht ermittelt. (Vgl. Bem. zu § 7 des Anf.-Ges.)[2])

Aus der Fassung des Abs. 2, welche von der des Art. 1314 der bayerischen Prozessordnung wesentlich abweicht, ergiebt sich, dass solche Bestandteile der Teilungsmasse, deren Vorhandensein bei der Schlussverteilung schon bekannt war, deren Verwertung aber zur Zeit nicht bewirkt werden konnte, nicht Gegenstand einer Nachtragsverteilung sein können. In der Reichstagskommission (K. S. 183) hatte v. Sarwey, um die Zulässigkeit einer nachträglichen Überweisung regelmässig wiederkehrender Leistungen festzustellen, beantragt, nach dem Worte „ermittelt“ einzuschalten: „oder wiederkehrende Leistungen, welche nicht verwertet werden konnten, flüssig werden, sofern nicht anderes in den Schlussterminen beschlossen wurde.“ Der Antrag wurde aber mangels Unterstützung zurückgezogen, nachdem von Hagens hervorgehoben worden war, dass der Entwurf gerade auf dem entgegengesetzten Standpunkte wie das gemeine Recht stehe, insbesondere der Verkauf des Bezugsrechtes im ganzen gestattet sei, und derselbe sodann noch bemerkt hatte: „Werde der Konkurs aufgehoben, ohne dass die Gläubiger über die Veräusserung einen Beschluss gefasst haben, so fielen die Einkünfte wiederum dem Gemeinschuldner zu, seien aber auch dem Zugriff der alten und neuen Gläubiger unterworfen.“ Hienach können Gegenstände, deren Vorhandensein bei der Schlussverteilung schon bekannt war, sofern nicht § 153 Abs. 1 zur Anwendung kommt, nicht mit Rücksicht auf einen anhängigen Prozess oder auf irgend einen andern Umstand, welcher den Aufschub der Verwertung wünschenswert macht, zum Zwecke einer nachträglichen Verteilung zurückbehalten werden. Vielmehr bleibt in solchen Fällen nur die Wahl, entweder die Schlussverteilung und damit die Aufhebung des Verfahrens zu verschieben oder die fraglichen Gegenstände dem Gemeinschuldner zu überlassen.[3])

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 565; Fitting S. 337 § 43 Anm. 1; Stieglitz S. 601 ff. Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 496; Willenbücher S. 200; v. Wilmowski S. 408. A. M. bezüglich des in Abs. 2 vorgesehenen Falles Stieglitz S. 603 Nr. III.

[2]) A. M. anscheinend v. Wilmowski S. 408.

[3]) Vgl. Meisner S. 333; v. Sarwey S. 751 Nr. 9; Stieglitz S. 603; Wengler S. 597. A. M. Fitting S. 338 § 43 Anm. 4; v. Völderndorff Bd. II. S. 500 und 503; Willenbücher S. 200 Nr. 2 c.

2. *Verfahren.*

Die Nachtragsverteilungen werden als Fortsetzung der Schlussverteilung behandelt. Die Anordnung derselben und die Prüfung der von dem Verwalter abzulegenden Rechnung ist dem Gerichte übertragen worden, weil der Gläubigerausschuss und die Gläubigerversammlung mit der Aufhebung des Konkursverfahrens weggefallen sind. Die Anordnung der Verteilung kann von Amts wegen wie auf Antrag des Verwalters oder eines Gläubigers erfolgen und erstreckt sich auch auf die Feststellung des Zeitpunktes der Verteilung sowie des zu verteilenden Betrages. Die Anordnung ist nicht vom Ermessen des Gerichtes abhängig. Vielmehr haben die Beteiligten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiezu gegeben sind, auf dieselbe ein Recht. Wird die Nachtragsverteilung verweigert, so steht deshalb dem Antragsteller das Recht der Beschwerde zu.[1]) Gegen die Anordnung selbst kann der Verwalter Beschwerde erheben. Das Verzeichnis der teilnahmeberechtigten Forderungen (§ 150) ist auch für die Nachtragsverteilung massgebend, jedoch mit der Einschränkung, dass Massegläubiger nicht schon durch den Schlusstermin sondern erst durch die Bekanntmachung der Nachtragsverteilung ausgeschlossen werden. Eine Änderung oder Ergänzung des Schlussverzeichnisses wird hiedurch zwar nicht erforderlich. Aber an die im Verzeichnisse aufgeführten Konkursgläubiger kann erst dann etwas verteilt werden, wenn die nachträglich angemeldeten Masseforderungen befriedigt sind. Der Ausführung der Verteilung hat sich der frühere Verwalter in Fortsetzung seiner Thätigkeit zu unterziehen. Dafür kann demselben auch ein nachträgliches Honorar bewilligt werden. Sollte der frühere Verwalter oder dessen Stellvertreter verhindert sein, so ist vom Gerichte ein Vertreter ad hoc zu bestellen. (M. S. 386.) Dagegen ist, wenn Verhältnisse vorliegen, welche während des Verfahrens die Ernennung eines neuen Verwalters rechtfertigen (Tod, Verlust der Ehrenrechte u. s. w.), ein solcher zu ernennen. Letztere Massregel kann besonders im Falle des Abs. 2 von Bedeutung sein. (M. S. 386.) Bezüglich der Art und Weise, in welcher die Verteilung zu erfolgen hat, gelten die allgemeinen Vorschriften. (§§ 154—156.) Aber es braucht nur die nachträglich zu verteilende Summe bekannt gemacht zu werden. (M. a. a. O.) Daraus, dass die Verteilung auf Grund des frühern Schlussverzeichnisses erfolgt, ergiebt sich mit genügender Bestimmtheit, dass eine nochmalige Niederlegung des Verzeichnisses und eine wiederholte Bekanntmachung der Summe der Forderungen nicht zu erfolgen hat. Wird bekannt gemacht, dass eine bestimmte Summe nachträglich verteilt werden soll, so ist damit auch der Masstab gegeben, nach welchen die Verteilung geschieht.[2])

§ 154.

Der Vollzug einer jeden Verteilung erfolgt durch den Verwalter.

§ 155.

Die Anteile

1. auf Forderungen, welche infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruches im Prozesse befangen sind,
2. auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen,

[1]) Vgl. Stieglitz S. 601; v. Völderndorff Bd. II. S. 498; Willenbücher S. 201 Nr. 4; v. Wilmowski S. 408, 409. A. M. Fitting S. 339 § 43 Anm. 6.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 750 Nr. 7; Stieglitz S. 601; Willenbücher S. 201 Nr. 5; v. Wilmowski S. 409.

3. auf Forderungen, für welche eine abgesonderte Befriedigung beansprucht und der Vorschrift des § 141 Abs. 2 genügt ist,
4. auf Forderungen unter auflösender Bedingung, sofern der Gläubiger zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet ist und die Sicherheit nicht leistet,

werden zurückbehalten.

§ 156.

Die Beträge, welche bei dem Vollzuge der Schlussverteilung zurückzubehalten sind, oder welche bis zu diesem Zeitpunkte nicht erhoben werden, hat der Verwalter nach Anordnung des Gerichtes für Rechnung der Beteiligten zu hinterlegen.

(E. §§ 154—156; M. S. 386—388; K. S. 108.)

I. Vollzugsorgane.

Der Vollzug der Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen wurde dem Verwalter zugewiesen, weil es sich hiebei um einen Akt der Verwaltung handelt und mit dieser das Gericht nicht befasst werden sollte. Über die Art und Weise, in welcher die Verteilung auszuführen ist, bestimmt das Gesetz nichts. Von dem Vorhaben, „die Befriedigung der Gläubiger durch Erteilung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle bewirken zu lassen und der Anweisung die Wirkungen der Zahlung beizulegen," wurde Abstand genommen, weil ein Anweisungsverkehr, welcher ohne Kündigung Zahlungen zu den kleinsten Beträgen erfordere, ohne erhebliche Provision und zu anderer als unbeträchtlicher Zinsvergütung sich allgemein kaum erwarten lasse und deshalb Anstand genommen werden müsse, die Konkursverwaltung zur Erteilung und das Publikum zur Annahme von Anweisungen zu zwingen. (M. S. 387 und 353.) Selbstverständlich wird hierdurch die Benutzung von Anweisungen auf die Hinterlegungsstelle behufs Vermittelung der Auszahlung der Dividenden nicht ausgeschlossen. (M. S. 387.) Aber die Gläubiger können zur Annahme solcher Anweisungen nicht gezwungen werden, sondern haben Anspruch auf Barzahlung nach Vorschrift der Münzgesetzgebung.[1]) Dass dieselben nicht die Zusendung der ihnen zukommenden Beträge verlangen können, sondern diese bei dem Verwalter erheben müssen, ergiebt sich aus § 156. Wenn der Verwalter nicht zur Vollziehung der vom Gerichte angeordneten bezw. genehmigten Verteilung schreitet, kann er zu derselben durch Ordnungsstrafen angehalten werden. (§ 76.) Den beteiligten Gläubigern steht aber auch das Recht zu, gegen denselben Klage auf Vollziehung zu erheben.[2])

II. Zurückzubehaltende Beträge.

1) Welche Forderungen bei den Verteilungen zu berücksichtigen sind, ergiebt sich aus den §§ 140—144 und 153. In § 155 wird nun vorgeschrieben, dass für gewisse Forderungen, welche nach den erwähnten Bestimmungen Anspruch auf Berücksichtigung haben, die auf sie treffende Dividende nicht ausbezahlt werden darf, sondern zurückbehalten werden

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 569; Fitting S. 341, 342 § 44 Nr. I. und Anm. 6; v. Sarwey S. 752; v. Völderndorff Bd. II. S. 501; v. Wilmowski S. 410. A. M. Stieglitz S. 605.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O.; Hullmann S. 302; v. Sarwey, Stieglitz und v. Wilmowski a. a. O. Willenbücher S. 201.

muss. Im allgemeinen ist bezüglich dieser Vorschrift auf die Bem. 2 zu § 135, die Bem. II. zu §§ 139 ff. und die Bem. zu § 153 zu verweisen. Der in Z. 1 angegebene Zurückbehaltungsgrund kann mit einem der übrigen Gründe zusammentreffen.

2) Bezüglich derjenigen Forderungen, welche zufolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruches im Prozesse befangen sind, muss die Zurückhaltung sowohl dann stattfinden, wenn der anmeldende Gläubiger veranlasst ist, den Widerspruch durch Einleitung oder Aufnahme eines Prozesses zu beseitigen, als auch dann, wenn derselbe einen vollstreckbaren Titel besitzt, welcher vom Gegner beseitigt werden muss. (Bem. I. 1 und IV. zu § 134.) Die Zurückhaltung dauert fort, bis der innerhalb der Ausschlussfrist eingeleitete Prozess beendigt worden ist. Dieselbe ist auch dann geboten, wenn nur von einem bezw. gegen einen der Widersprechenden ein Prozess eingeleitet oder aufgenommen worden ist. Liegt ein vollstreckbarer Titel nicht vor, so kann die Auszahlung überhaupt nicht erfolgen, soferne es dem anmeldenden Gläubiger nicht gelungen ist, jeden einzelnen Widerspruch zu beseitigen und die Berichtigung der Tabelle zu erwirken. (Bem. II. 1 zu §§ 129 ff. S. 442.) Ist dies bis zur Schlussverteilung nicht gelungen, so wird der auf den anmeldenden Gläubiger treffende Betrag sonach auch dann zur Verteilung an die übrigen Konkursgläubiger frei, wenn der anmeldende Gläubiger nur gegen einen der Widersprechenden Klage erhoben und in diesem Prozesse obgesiegt hat.[1]) Die Sache liegt dann ebenso, wie wenn einer der Widersprechenden ein obsiegendes Urteil erlangt hat. Wenn dem anmeldenden Gläubiger ein vollstreckbarer Titel oder ein Endurteil zur Seite steht (§ 134 Abs. 6), so erfolgt dagegen die Auszahlung, da die Vorschrift des § 155 das einzige Hindernis bildet, sobald die Forderung nicht mehr im Prozesse befangen also die Zurückbehaltung nicht mehr gerechtfertigt ist. Diese Unterscheidung ergiebt sich daraus, dass es in den Fällen des § 136 Abs. 6 Sache der Widersprechenden ist, ihren Widerspruch zu verfolgen und durch ein denselben für begründet erklärendes Urteil die Teilnahme des anmeldenden Gläubigers, welche durch den Widerspruch allein nicht ausgeschlossen wird, zu verhindern. (Bem. IV zu § 134 S. 457.) Auf die Zurückbehaltung haben die Widersprechenden in diesem Falle nur solange Anspruch, als bezüglich der Forderung noch ein Prozess anhängig ist. Es besteht deshalb hier ein dringendes Interesse daran, dass alle Widersprechenden sofort ihren Widerspruch verfolgen.

3) Auf Forderungen, welche von einer aufschiebenden Bedingung abhängen, darf selbstverständlich eine Zahlung nicht geleistet werden. Soweit dieselben bei Abschlagsverteilungen nach § 142 Abs. 1 oder ungeachtet der Fortdauer der Ungewissheit, bei der Schlussverteilung nach § 142 Abs. 1 zu berücksichtigen sind, müssen sonach die Anteile zurückbehalten werden. Wenn die Bedingung ausfällt, werden die bei der Schlussverteilung zurückgehaltenen Beträge frei und gelangen gemäss § 153 zur nachträglichen Verteilung. (M. S. 388.)

4) Die Beträge, welche bei einer Abschlagsverteilung nach § 141 Abs. 2 auf Forderungen von absonderungsberechtigten Gläubigern fallen, sind bis zur Schlussverteilung zurückzuhalten, werden aber, wenn bis dahin den Anforderungen des Gesetzes nicht genügt ist, für die Schlussverteilung frei. (§ 144.) Die Vorschrift des § 155 Z. 3 kann hienach nur bei Abschlagsverteilungen Anwendung finden. (M. a. a. O.)

5) Forderungen unter auflösender Bedingung können nach § 59 geltend gemacht werden, wie wenn sie unbedingt wären. Wenn der Gemeinschuldner nach dem geltenden bürgerlichen Rechte bezw. nach dem bestehenden Vertrage berechtigt war, für den Fall des Eintrittes der Bedingung Sicherheit zu verlangen, steht jedoch dieses Recht auch dem Verwalter zu. Solange diese Sicherheit vom Gläubiger nicht geleistet wurde, soll nach § 155 Z. 4 dessen Anteil zurückgehalten werden. Von einer Bestimmung, nach welcher jeder unter einer auflösenden Bedingung berechtigte Gläubiger zur Sicherstellung anzuhalten sei,

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 753, 754; Stieglitz S. 606, 607.

(§ 250 Z. 2 pr. K.-O.), wurde, weil sie ohne genügenden Grund das Recht des Gläubigers verletze, abgesehen. Die Vorschrift des § 155 Z. 4 kommt sowohl bei Abschlags- als bei Schlussverteilungen zur Anwendung. Im Falle des Eintrittes der Bedingung werden die zurückgehaltenen Beträge frei und es erfolgt, wenn die Schlussverteilung schon stattgefunden hat, hinsichtlich derselben eine Nachtragsverteilung. (§ 153.)

III. Hinterlegung. (§ 156.)

1) Hinsichtlich der bei einer Abschlagsverteilung zurückgehaltenen Beträge enthält das Gesetz keine besondere Bestimmung über die Art und Weise, in welcher mit den zurückgehaltenen Summen zu verfahren ist. Ob und in welcher Weise eine Hinterlegung derselben stattzufinden hat, richtet sich deshalb nach den in Gemässheit des § 120 gefassten Beschlüssen. Findet eine solche statt, so geschieht sie auf Rechnung der Masse. Wenn die Hinterlegungsstelle Zinsen vergütet, haben deshalb die Gläubiger, deren Anteile zurückgehalten werden, auf die Zinsen keinen Anspruch. Die bei der Schlussverteilung zurückbehaltenen Beträge sind dagegen nach § 156 ebenso wie die nicht erhobenen Beträge für Rechnung der Gläubiger zu hinterlegen, denen dieselben zugewiesen wurden. Die vergüteten Zinsen kommen sonach diesen Gläubigern zugut. Die zurückbehaltenen Beträge werden in der Regel bei der durch die Landesgesetzgebung zu Hinterlegungen bestimmten Kasse oder Behörde zu hinterlegen sein. Um jedoch einerseits den Beteiligten inbetreff der zurückzubehaltenden Beträge eine freiere Bewegung zu gestatten, andererseits für die demnächstige Auszahlung der Beträge an die Berechtigten oder deren Verwendung zu einer nachträglichen Verteilung (§ 153) eine Überwachung des Verwalters zu sichern, überträgt § 156 die auf die Hinterlegung bezüglichen Anordnungen dem Konkursgerichte. (M. S. 388.)

2) Die Hinterlegung kann sowohl von Amts wegen als auf Antrag des Verwalters oder eines beteiligten Gläubigers angeordnet werden. Diese Anordnung wird regelmässig nach Beendigung des Schlusstermines zu treffen sein, nachdem das Schlussverzeichnis berichtigt ist und demnach feststeht, welche Beträge zurückzubehalten sind. Da die Hinterlegung auch dadurch veranlasst werden kann, dass die einem Gläubiger bei einer Abschlagsverteilung oder bei der Schlussverteilung zugewiesenen Beträge von demselben nicht erhoben wurden, braucht die Massregel aber nicht notwendig bis zur Erledigung der Schlussverteilung verschoben zu werden.[1]) Ebensowenig ist es notwendig, dass die auf die zurückzubehaltenden Beträge bezügliche Anordnung von derjenigen getrennt wird, welche sich auf die nicht erhobenen Beträge bezieht.[2]) Eine solche Trennung kann durch die Verhältnisse geboten sein, muss aber nicht notwendig erfolgen. Bei Nachtragsverteilungen hat § 156 entsprechende Anwendung zu finden.[3])

3) Auf die in § 156 vorgeschriebene Anordnung haben die Beteiligten, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen derselben gegeben sind, ein Recht. Auch haben dieselben ein Interesse daran, dass die Hinterlegung in sachgemässer Weise erfolgt, d. h. dass jede Gefahr eines Verlustes thunlichst ausgeschlossen und eine angemessene Verzinsung erstrebt wird. Gegen die Anordnung, dass die in Frage stehenden Beträge bei einer bestimmten Kasse oder Person hinterlegt werden sollen, steht deshalb dem Verwalter wie den beteiligten Gläubigern das Recht der sofortigen Beschwerde zu. (§ 66.) Als beteiligt sind in dieser Beziehung alle Gläubiger anzusehen, welche bei der betr. Verteilung berücksichtigt worden sind, weil sie wegen der spätern Verteilungen, insbesondere auch einer etwaigen Nachtragsverteilung, ein Interesse daran haben, dass die Hinterlegung in sachgemässer Weise erfolge.[4])

[1]) So anscheinend Fitting S. 345 § 44 Anm. 14.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 610.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 611 Nr. III.

[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 572; v. Völderndorff Bd. II. S. 510 Nr. I.; Willenbücher S. 202; v. Wilmowski S. 412. A. M. Fitting S. 345 § 44 Anm. 15.

Wird die Hinterlegung unterlassen, obgleich die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, so liegt eine Zuwiderhandlung gegen § 156 vor. Wird ein Antrag auf Hinterlegung zurückgewiesen, so ist gegen die ergangene Entscheidung gleichfalls Beschwerde zulässig.[1])

4) Die Vollziehung der gemäss § 156 erfolgten Anordnung kann, soweit es sich um zurückbehaltene Beträge handelt, sofort erfolgen. Dagegen kann eine Hinterlegung der nicht erhobenen Beträge natürlich erst dann vorgenommen werden, wenn die Verteilung durchgeführt ist und sich dabei ergeben hat, dass einzelne Gläubiger die ihnen zugewiesenen Beträge nicht erhoben haben. Da die Hinterlegung gemäss § 156 für Rechnung der Beteiligten erfolgt, denen auch die Zinsen zufallen, muss jeder Bezugsberechtigte die Kosten tragen, welche durch Hinterlegung des für ihn bestimmten Betrages entstanden sind. Die zurückbehaltenen Anteile bleiben solange hinterlegt, bis das der Auszahlung im Wege stehende Hindernis weggefallen ist, oder die Beträge für die Schlussverteilung oder für eine Nachtragsverteilung frei geworden sind. Die nicht erhobenen Beträge müssen dagegen hinterlegt bleiben, bis sie vom Berechtigten erhoben werden oder dessen Bezugsrecht erloschen ist. Wann diese Erlöschung eintritt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Das Gericht ist, soweit nicht eine gesetzliche Vorschrift dies zulässt, keineswegs berechtigt, die Gläubiger unter Androhung des Verlustes zur Erhebung der Beträge aufzufordern und nach Ablauf der gesetzten Frist die nicht erhobenen Beträge verteilen zu lassen.[2])

§ 157.

Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter mit Ermächtigung des Gerichtes unabhängig von den Verteilungen leisten.

(E. § 157; M. S. 388 und 373; K. S. 108.)

Die Vorauszahlung an die bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche keinen Anspruch darauf haben, früher als die andern Gläubiger befriedigt zu werden, wurde dem Verwalter aus Billigkeitsrücksichten gestattet. (Bem. 1 zu §§ 137 ff.) Sie soll aber nur unter der Voraussetzung erfolgen, „dass dadurch die Befriedigung aller andern gleich oder besser berechtigten Gläubiger nicht gefährdet wird", und ist, um einer solchen Gefährdung vorzubeugen, an die Genehmigung des Gerichtes gebunden. (M. S. 373.) Vorausgesetzt wird, dass die Forderung der bevorrechtigten Gläubiger festgestellt worden ist. Die Beteiligten haben zwar kein Recht darauf, dass das Gericht den Verwalter zur Vornahme der Zahlungen ermächtigt. Sie können aber diese Ermächtigung beantragen und beanspruchen, dass über ihren Antrag entschieden wird. Die Zurückweisung ihres Antrages können sie deshalb mit der sofortigen Beschwerde anfechten. (Bem. III. 2 zu § 66.)[3]) Gegen die Erteilung der Ermächtigung können nur solche Gläubiger Beschwerde erheben, welche durch die Vorausbezahlung gefährdet werden, also Massegläubiger oder solche bevorrechtigte Gläubiger, welchen ein gleicher oder besserer Anspruch zusteht. Das Gericht kann übrigens auch die Vorausbezahlung von einer vorausgehenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

§ 158.

Beträge, welche zur Sicherstellung eines bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers nach Massgabe des § 47 Abs. 3 hin-

[1]) A. M. Fitting a. a. O.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 758 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. II. S. 510 Nr. III.; Willenbücher S. 203 Nr. 4; v. Wilmowski S. 413. A. M. Hullmann S. 303.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 611; Willenbücher S. 203 Nr. 2.

terlegt worden sind, fliessen zur Konkursmasse zurück, sofern nicht bis zum Ablaufe der Ausschlussfrist für die Schlussverteilung dem Verwalter der Eintritt der Bedingung nachgewiesen wird, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu einer Sicherheitsleistung verpflichtet war.

(E. § 158; M. S. 389; K. S. 108.)

Die Vorschrift des § bezieht sich auf die Sicherheit, welche nach § 47 Abs. 3 dem bedingt zur Aufrechnung berechtigten Gläubiger gestellt werden muss. Durch dieselbe wird der in § 142 Abs. 2 für aufschiebend bedingte Konkursforderungen aufgestellte Grundsatz, der sich auf jede Geltendmachung einer aufschiebend bedingten Forderung bezieht, auch für den Anspruch des bedingt zur Aufrechnung befugten Gläubigers zur Geltung gebracht. Demgemäss erlischt die Befugnis des Gläubigers zur Aufrechnung, sofern er nicht bis zum Ablaufe der für die Schlussverteilung festgesetzten Ausschlussfrist dem Verwalter den Eintritt der Bedingung nachweist, oder soweit nicht der Gemeinschuldner zu seiner Sicherstellung verpflichtet war. Als unmittelbare Folge ergiebt sich daraus, dass die zur Leistung der Sicherheit hinterlegten Beträge für die Konkursmasse frei werden, was durch § 158 zum Ausdruck gebracht wird. (M. S. 389.)

§ 159.

Masseansprüche, welche nicht bis zu der Festsetzung des Prozentsatzes oder der Beendigung des Schlusstermines oder der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung zur Kenntnis des Verwalters gelangt sind, können nicht auf den Massebestand geltend gemacht werden, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich ist, oder den Gegenstand der Schlussverteilung oder der Nachtragsverteilung bildet.

(E. § 159; M. S. 389; K. S. 108, 109, 111.)

1) Durch § 159 wird das System der thatsächlichen Ausschliessung, das in § 140 bezüglich der Konkursgläubiger durchgeführt ist, zum Abschluss gebracht, indem ähnliche Vorschriften hinsichtlich der Massegläubiger (§§ 50 ff.) gegeben werden. Es wird aber auch zugleich die Ausschliessung der Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten geregelt, da sich deren Ansprüche, falls die betreffenden Gegenstände in der Masse nicht mehr vorhanden sind, in Masseforderungen umwandeln. (Bem. III. 1 zu §§ 139 ff. S. 471.) Die Ausschliessung tritt in verschiedenen Zeitpunkten ein, je nachdem es sich um eine Abschlagsverteilung oder um eine Schlussverteilung oder Nachtragsverteilung handelt, und erstreckt sich immer nur auf denjenigen Massebestand, auf dessen Verteilung die Konkursgläubiger durch die Festsetzung des Prozentsatzes (§ 147) bezw. durch die Beendigung des Schlusstermines oder die Bekanntmachung der Nachtragsverteilung (§§ 150 und 153) ein Recht erworben haben. Ergeben sich nachträglich weitere Bestände, die zur Verteilung kommen können, oder wird ein Teil der zur Verteilung bestimmten Masse nachträglich für eine spätere Verteilung frei (§§ 144, 153), so sind die von der frühern Verteilung ausgeschlossenen Massegläubiger hieraus zu befriedigen. Soweit es sich um die Festsetzung des Prozentsatzes für eine Abschlagsverteilung handelt, ist es zur Ausschliessung nicht genügend,

dass der Verwalter sich über die Höhe des Prozentsatzes schlüssig gemacht hat. Vielmehr tritt dieselbe nur ein, wenn dieser Prozentsatz den zu berücksichtigenden Konkursgläubigern oder einem Teil derselben gemäss § 147 Abs. 2 mitgeteilt worden ist.[1]) Die Beendigung des Schlusstermines erfolgt in dem Augenblicke, in welchem derselbe für geschlossen erklärt wird. (§ 127 C.-P.-O.) Eine vorher erfolgte Anmeldung der Masseforderung verhindert sonach die Ausschliessung und kann eine Abänderung der Schlussrechnung zur Folge haben. Eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 142 C.-P.-O.) zum Zwecke der nachträglichen Berücksichtigung eines Massegläubigers ist dagegen unstatthaft.[2]) Bezüglich der Frage, ob die erst nach Beendigung des Schlusstermines zur Entstehung gelangten Masseansprüche bei einer Nachtragsverteilung berücksichtigt werden sollen, ergab sich in der Reichstagskommission eine Meinungsverschiedenheit. Die Kommission schloss sich der Auffassung des Geh. Oberjustizrates Hertz an, welcher bemerkte: „Es würden drei Fälle der thatsächlichen Ausschliessung unterschieden. Ausschliessung erstens von dem Betrage, welcher zur Auszahlung des festgesetzten Prozentsatzes erforderlich sei, zweitens von dem Betrage, welcher den Gegenstand der Schlussverteilung, drittens von demjenigen, welcher den Gegenstand der Nachtragsverteilung bilde. Im erstern Falle (Abschlagsverteilung) sei die Präklusion angedroht, wenn der Anspruch nicht bis zur Festsetzung des Prozentsatzes, im zweiten Falle (Schlussverteilung) wenn er nicht bis zur Beendigung des Schlusstermines zur Kenntnis des Verwalters gelange. Für den dritten Fall (Nachtragsverteilung) sei der Zeitpunkt, bis zu welchem der Anspruch zur Kenntnis des Verwalters gelangen müsse, nicht ausdrücklich angegeben.“ Um diesen Zeitpunkt genau zu bestimmen, wurde die Fassung des § geändert und wurden die Worte „oder der Bekanntmachung einer Nachtragsverteilung“ beigefügt. (K. S. 108, 109, 111.) Ehe der Verwalter eine Nachtragsverteilung vornimmt, muss er jedenfalls die ihm bekannten Masseansprüche befriedigen, soweit dies noch nicht geschehen ist.

2) Damit der Anspruch eines Massegläubigers gewahrt und die Ausschliessung verhindert wird, genügt es, wie sich aus dem Wortlaute des Gesetzes deutlich ergiebt, dass derselbe in dem entscheidenden Zeitpunkte thatsächlich zur Kenntnis des Verwalters gelangt war, auch wenn eine förmliche Geltendmachung desselben nicht erfolgte. (M. S. 389.) Die in § 126 vorgesehene Anmeldung ist nur für Konkursforderungen vorgeschrieben. (Bem. 1 und 2 zu § 50 S. 256.) Der Verwalter hat hienach bei eigener Verantwortlichkeit dafür Sorge zu tragen, dass die Beträge, welche zur Berichtigung der zu seiner Kenntnis gelangten Ansprüche erforderlich sind, von der Verteilung ausgeschlossen bleiben. (M. S. 389.) Kann der Massegläubiger beweisen, dass sein Anspruch rechtzeitig zur Kenntnis des Verwalters gelangte, so kann er, wenn die Verteilung trotzdem ausgeführt und er dadurch ausgeschlossen wurde, den Verwalter dafür haftbar machen.[3]) Ausserdem hat er Anspruch darauf, dass er aus der Masse bezw. aus dem den Konkursgläubigern ausbezahlten Betrage befriedigt werde, und kann diesen Anspruch den befriedigten Konkursgläubigern gegenüber geltend machen.[4]) Der Verwalter muss allerdings von Amts wegen darauf bedacht sein, dass ihm nicht ein Teil der Massekosten unbekannt bleibt, und ist auch in der Regel in der Lage, dieselben zu kennen. Aber es kann von ihm nicht verlangt werden, dass er die Möglichkeit einer Nachforderung von Gerichtskosten (§ 5 G. K. G.) berücksichtigt und deshalb einen

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 761 Nr. 2; Stieglitz S. 613 Nr. III. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 517; Willenbücher S. 204 Nr. 3 b; v. Wilmowski S. 415 Nr. 2.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 761 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 518 lit. c; Willenbücher S. 204 Nr. 3 b; v. Wilmowski a. a. O.

[3]) Vgl. Fitting S. 327 § 41 Anm. 14; v. Sarwey S. 762 Nr. 5; Stieglitz S. 613 Nr. II.; Wengler S. 603 Nr. 1; Willenbücher S. 204 Nr. 1; v. Wilmowski S. 415; Ldg. Metz 16. Dez. 1884 und 10. April 1885, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. X. S. 119 und 458.

[4]) Vgl. Hullmann S. 305; Stieglitz S. 613; Fitting, v. Sarwey, Wengler, v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 519.

bestimmten Betrag zurückbehält.[1]) Dass der Massegläubiger, welcher aus der Masse Befriedigung nicht erlangen konnte, seine Forderung nach Beendigung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber geltend machen kann, wurde in der Reichstagskommission (K. S. 109) von Hagens bestätigt, ohne dass derselbe Widerspruch erfuhr. (Vgl. auch Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.)

Sechster Titel.

Zwangsvergleich.

(§§ 160—187.)

Vorbemerkungen.

1) Bei Aufstellung der Konkursordnung war nicht die Auffassung massgebend, dass das Konkursverfahren ein Übel sei und der Zwangsvergleich deshalb die Bestimmung habe, das schwebende Verfahren baldmöglichst wieder zu beseitigen. Vielmehr wurde in den Motiven (S. 390, 391) hervorgehoben, dass die Zahlungsunfähigkeit und der durch sie eingetretene ungesunde Zustand das vorhandene Übel und das Konkursverfahren zu dessen Beseitigung bestimmt sei. Es wurde aber auch anerkannt, dass ein Vergleich in vielen Fällen der Durchführung des regelmässigen Verfahrens vorzuziehen sei. Ein solcher ist besonders am Platze, wenn im einzelnen Falle ein erhebliches Vermögensstück gar nicht oder schwer verwertet werden kann, oder wenn Zweifel und Streit über das Bestehen oder die Art erhobener Ansprüche die Höhe der Befriedigung ungewiss machen. Aber auch abgesehen davon erfordert die völlige Durchführung des Verfahrens einen grossen Zeit- und Kostenaufwand, durch dessen Verringerung für die Gläubiger der zu erlangende Anteil erhöht wird. Je länger das Verfahren dem Schuldner sein Vermögen bezw. die Verfügung über dasselbe entzieht, desto mehr wird seine Geschäfts- und Erwerbsthätigkeit gehemmt oder zerstört. Giebt ein Vergleich den Schuldner eher und unversehrter der freien Geschäftsthätigkeit zurück, so lassen dagegen demselben nahestehende Dritte sich häufig bereit finden, für ihn Opfer zu bringen, und die Gläubiger gewinnen sogar dadurch, dass der Schuldner wieder befähigt wird, in erneuerter Geschäftsverbindung mit ihnen die Verluste auszugleichen. Auch im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse kann es wünschenswert sein, dass die entstandene Verkehrsstockung, welche selten auf die Person des einen Schuldners beschränkt bleibt, ja oft unabsehbar weite Kreise ergreift, möglichst rasch wieder gehoben wird. Mit Rücksicht darauf wurde der Zwangsvergleich nicht bloss als Mittel zur Beseitigung, sondern als ein ordnungsmässiger Ausgang des Verfahrens behandelt. Der Weg des Vergleiches ist zwar nicht wie der der Verteilung auf jeden einzelnen Fall anwendbar. Derselbe erscheint aber, wo er nach Lage des Falles betreten werden kann, als der vorteilhaftere für alle Beteiligten. (M. a. a. O.) Die im Zwangsvergleichsverfahren erwachsenen Kosten sind übrigens keine Massekosten. (Bem. II. 1 zu § 51 S. 259.)

2) Angesichts der erwähnten Vorteile des Vergleiches hat sich die Konkursordnung nicht darauf beschränkt, die Abschliessung eines solchen zu fördern und der Fürsorge des Gerichtes zu empfehlen. Vielmehr hat sie nach dem Vorgange des gemeinen Rechtes und der meisten neuern Gesetzgebungen Zwangsvergleiche zugelassen, welche, obwohl nur von einer Mehrheit der Gläubiger angenommen, unter gewissen Voraussetzungen auch für die nicht zustimmenden Gläubiger bindend sind. Dies kann zwar nicht, wie es in den Motiven (S. 392) versucht worden ist, damit begründet werden, dass der „Konkursanspruch" eine

[1]) Vgl. Ldg. Colmar 16. Dez. 1887, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 13 S. 179.

rechtliche Gemeinschaft unter den einzelnen Gläubigern herbeiführe; denn ein besonderer materiell-rechtlicher „Konkursanspruch“, wie ihn sich der Verfasser der Motive gedacht hat, kann nicht anerkannt werden und ebensowenig besteht eine Rechtsgemeinschaft unter den Konkursgläubigern. (Vgl. Bem. I. 1 und I. 2 zu § 2 S. 16, 17.) Aber die oben dargelegten Bedürfnisse des Lebens, denen die theoretischen Bedenken weichen mussten, genügen vollständig, um die getroffenen Vorschriften zu rechtfertigen. Wie es vielfach, z. B. auch bei der Zwangsenteignung, der Fall ist, hat auch hier das Interesse der Gesamtheit dazu geführt, dass der Wille des einzelnen zurücktreten musste.

Damit ein solcher „Zwangsvergleich“ stattfinden kann, ist keineswegs erforderlich, dass ein Dritter für den Gemeinschuldner eintritt; vielmehr wird derselbe zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner abgeschlossen (§ 160). Ebensowenig wird vorausgesetzt, dass vorher eine Versilberung der Konkursmasse stattgefunden hat. Es ist zwar zulässig, dass vor Abschluss des Zwangsvergleiches und zur Erfüllung desselben die Konkursmasse verwertet wird. Aber weder ist dies notwendig, noch soll es nach der Konkursordnung die Regel bilden. Da der Zwangsvergleich den Schuldner befähigen und anspornen soll, die grösstmögliche Befriedigung zu gewähren und es den Gläubigern zu erleichtern, die Geschäftsverbindung mit ihm wieder aufzunehmen, so muss demselben womöglich das laufende Geschäft und das vorhandene Besitztum erhalten werden. Diese Erhaltung bestimmt denn auch vornehmlich Verwandte und Freunde, für den Schuldner Opfer zu bringen. (M. S. 396.) Der Vorteil, welcher für den Gemeinschuldner aus dem Zwangsvergleiche erwächst, besteht darin, dass derselbe dadurch bezw. durch die Übernahme der darin festgestellten Verpflichtungen sofort, ohne dass erst deren Erfüllung abzuwarten ist, von seinen frühern Schulden entlastet wird. Auch denjenigen Gläubigern gegenüber, welche gegen den Zwangsvergleich gestimmt haben, tritt diese Entlastung, nicht eine blosse Zwangsstundung, ein. Der Zwangsvergleich bewirkt hienach „eine umfassende und dauernde Beseitigung aller Konkursverhältnisse, für die Gegenwart und Zukunft, für oder gegen die sämtlichen Gläubiger.“ (M. S. 398.)

3) Mit Rücksicht auf diesen Inhalt und diese Wirkungen des Zwangsvergleiches wurde das Wesen desselben in den Motiven (S. 396) in folgender Weise bezeichnet: „Der Accord muss seinem Wesen nach bestehen in einem Vergleiche über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens.“ Als ein wirklicher Vergleich ist übrigens der „Zwangsvergleich“ der Konkursordnung nicht anzusehen. Derselbe hat nicht den Zweck, eine bezüglich der Ansprüche der Gläubiger bestehende Ungewissheit zu beseitigen oder einen Ersatz für die urteilsmässige Feststellung der Konkursforderungen zu gewähren. Vielmehr soll diese Feststellung dem Zwangsvergleiche, der gemäss § 160 erst nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines geschlossen werden darf, soweit dies ausführbar ist, vorhergehen und kann nur derjenige auf Grund des Zwangsvergleiches Ansprüche erheben, dessen Forderung festgestellt worden ist. (Bem. II. 1 zu §§ 178 ff.) Gegenseitige Zugeständnisse brauchen bei dem Zwangsvergleiche nicht zu erfolgen. Der Gemeinschuldner selbst, der ja ohne den Zwangsvergleich für alle Forderungen haftbar bliebe, giebt an sich gar nichts auf, sondern gewinnt nur. Andererseits müssen auch die Gläubiger nicht notwendig auf einen Teil ihrer Forderungen verzichten.[1] (Vgl. Bem. I. 1 zu §§ 178 ff.)

Damit ein „Zwangsvergleich“ zustande kommt, ist das Zusammentreffen von drei Rechtshandlungen erforderlich: 1. einer Willenserklärung des Gemeinschuldners (des Vergleichsvorschlags), 2. eines Beschlusses der Gläubigerversammlung und 3. der Bestätigung

[1]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 813, 814 § 120; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 38 ff.; Schultze, Konkursr. S. 119 ff. und in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 25 S. 350; v. Völderndorff Bd. II. S. 522 ff.; v. Wilmowski S. 416.

des Zwangsvergleiches durch das Gericht. Diese drei Willenserklärungen bringen nur in ihrer Verbindung die dem Zwangsvergleiche eigentümlichen Wirkungen hervor. Derselbe kann also nicht zur Entstehung gelangen, wenn es an einer derselben fehlt.[1]) Diese Thatsache berechtigt aber nicht dazu, die Vertragsnatur des Zwangsvergleichs zu leugnen und denselben als ein Urteil zu bezeichnen.[2]) Bei dieser letztern Auffassung wird zunächst übersehen, dass die Bestätigung des Zwangsvergleiches keine selbständige Entscheidung über den in Frage stehenden Gegenstand enthält, sondern bloss feststellt, dass die Voraussetzungen vorliegen, von denen das Gesetz die Wirksamkeit der Willenserklärungen des Gemeinschuldners und der Gläubiger abhängig macht. Ausserdem ist hiebei nicht beachtet, dass dieselben mindestens von gleichem Werte sind wie der Gerichtsbeschluss, der diese Willenserklärungen voraussetzt und ihnen bindende Kraft verleiht. Die richterliche Bestätigung hat hier eine ähnliche Bedeutung wie die gerichtliche Bestätigung von Veräusserungen oder Teilungen, welche mit Rücksicht auf die Beteiligung von Minderjährigen u. s. w. vorgeschrieben ist und wie die Genehmigung einer Stiftung durch den Landesherrn oder durch eine Behörde. Auch in diesen Fällen können die Willenserklärungen ohne die dazu kommende Bestätigung oder Genehmigung rechtliche Wirkung nicht äussern. Deshalb haben sie aber doch als Willenserklärungen selbständige rechtliche Bedeutung und ist der bestätigende Beschluss nicht als Urteil anzusehen. Bei dem Zwangsvergleich ist die Bestätigung sogar von geringerer Bedeutung als bei manchen der andern Willenserklärungen, z. B. bei Stiftungen, weil der Richter nicht nach freiem Ermessen die Bestätigung versagen darf, sondern dieselbe erteilen muss, sofern keine gesetzlichen Ausschliessungsgründe vorliegen. (Vgl. §§ 172, 173 und Bem. II. 1 zu §§ 170 ff.) Diese Bestätigung hat, da sie bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen erteilt andernteils aber versagt werden muss, eine wesentlich formale Bedeutung. Durch dieselbe wird lediglich festgestellt, dass der Zwangsvergleich zulässig ist und dass sich die nach dem Gesetze erforderliche Mehrheit der Gläubiger für denselben ausgesprochen hat. Der Zwangsvergleich beruht nicht bloss auf einem Vertrag, sondern er ist ein (gerichtlich bestätigter) Vertrag. Diese Auffassung steht auch allein im Einklang mit der Ausdrucksweise der Konkursordnung. Nach § 160 wird der Zwangsvergleich „geschlossen" zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern. Ebenso wird in den §§ 169 und 170 von der Annahme des „Vergleichs" bezw. „Zwangsvergleichs" d. h. des von dem Gemeinschuldner gemachten Vergleichsvorschlages gesprochen. Diese Aussprüche würden nicht zutreffen, wenn die Bestätigung durch das Gericht als der Zwangsvergleich anzusehen wäre. Vertragsteile sind einerseits der Gemeinschuldner, andererseits die einzelnen Gläubiger, welche zusammen die Mehrheit bilden. Die „Gläubigerversammlung" kann als vertragschliessender Teil nicht angesehen werden, da sie ebensowenig wie die „Gesamtheit der Gläubiger" ein selbständiges Rechtssubjekt bildet. Das Eigentümliche des im Gesetze als Zwangsvergleich bezeichneten Vertrages besteht darin, dass er nicht nur zugunsten Dritter, nämlich der überstimmten oder an den Vergleichsverhandlungen oder am Verfahren nicht beteiligten Gläubiger wirkt, sondern dass auch diese Gläubiger durch den Vertrag gebunden und in ihren Rechten beschränkt werden, obgleich sie denselben nicht geschlossen haben. Diese Eigentümlichkeit und die dadurch veranlasste Notwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung schliesst aber die Vertragsnatur nicht aus. Der Name „Zwangsvergleich" ist nicht ganz passend, da der Vertrag nicht

[1]) Vgl. insbes. Oetker a. a. O. S. 44 und 62.

[2]) So Schultze, Konkursr. S. 120 ff. und in Goldschmidts Zeitschr. a. a. O. S. 351, 352; Eccius a. a. O. und in Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 463; v. Wilmowski S. 416, 417 und 422. An der Vertragsnatur halten dagegen fest: Endemann, Konkursverf. S. 585 und 593; Fitting S. 349 ff. § 45 Anm. 6; Fuchs S. 143; Meves S. 170, 171; v. Sarwey S. 764 Anm. *; Stieglitz S. 616; v. Völderndorff Bd. II. S. 527, 528; Wach, Handbuch Bd. I. S. 52 § 6 Anm. 29 und Wieding in v. Holtzendorffs Rechtslexikon Bd. III. Abt. 2 S. 1487.

die Natur eines Vergleiches hat. Die Bezeichnung „Zwangserlass“ würde aber auch nicht zutreffend sein, da ein Nachlass überhaupt nicht zu dem wesentlichen Inhalte des „Zwangsvergleiches“ gehört (Bem. I. 1 zu §§ 178 ff.) und ein etwaiger Erlass von den zustimmenden Gläubigern freiwillig gewährt wird.

4) Mit Rücksicht auf die umfassenden und dauernden Wirkungen des Zwangsvergleiches wurden zum Schutze der Gläubiger gegen das Zustandekommen leichtfertiger und schädlicher Vergleiche besondere Garantien für notwendig erachtet. Von der Auflegung eines besondern „Kollusionseides“, der nach manchen Gesetzgebungen vom Gemeinschuldner und von den zustimmenden Gläubigern geleistet werden muss, wurde abgesehen, weil der Gemeinschuldner den Offenbarungseid leisten müsse, „Kollusionen“ aber durch andere Beweismittel richtiger erforscht würden als durch allgemeine Eidesversicherungen. (M. S. 398.) Ebenso wurde von der Feststellung eines Mindestbetrages, welcher den Gläubigern geboten werden müsse, Umgang genommen. Dagegen wurde in den §§ 168, 169 dafür Vorsorge getroffen, dass der Vergleich auf sicherer Grundlage unter Einhaltung bestimmter, die Gläubiger schützender Formen mit einem die Interessen aller gleichmässig beachtenden Inhalte offen und lauter abgeschlossen werde. (M. S. 398, 399.) Ausserdem wurde im Interesse derjenigen Gläubiger, welche den Zwangsvergleich nicht angenommen haben, vorgeschrieben, dass derselbe erst durch die gerichtliche Prüfung und Bestätigung Wirksamkeit erlange. (§§ 170—173.) Diese Bestätigung soll versagt werden, wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse aller Gläubiger widerstreitet. Dagegen soll das Gericht nicht, wie es die preussische Konkursordnung (§ 193) vorschreibt, auch das „Interesse der öffentlichen Ordnung“ wahren. Auch soll die Prüfung, abweichend von den Bestimmungen der preussischen Konkursordnung, denen das Gesetz im allgemeinen folgt, in der Regel nicht von Amts wegen, sondern nur dann eintreten, wenn wenigstens von einem Gläubiger die Verwerfung beantragt wird. (§§ 172, 173; M. S. 401, 402.) Eine weitere Garantie für die Gläubiger liegt darin, dass der Abschluss eines Zwangsvergleiches vom Gesetze für unzulässig erklärt wird, „wenn die allgemeinen Umstände so liegen, dass der sachgemässe Abschluss oder die gerichtliche Bestätigung eines jeden Accordes von vornherein ausgeschlossen erscheint. Durch unfruchtbare Versuche darf das Konkursverfahren nicht verschleppt, die Befriedigung der Gläubiger nicht hingehalten und geschmälert werden.“ (M. S. 400.) In dieser Beziehung wurde übrigens von der Aufstellung einzelner Rechtsvermutungen (pr. K.-O. § 193 Z. 2 und Z. 4a und b) und ebenso von dem Verbot einer Wiederholung des Vergleichsverfahrens (pr. K.-O. § 189 Z. 3), weil solche Vorschriften den Interessen der Gläubiger widerstritten, abgesehen und der freien Würdigung des einzelnen Falles durch das Gericht Raum gelassen. (§§ 172, 173; M. S. 402, 403.) Mit Rücksicht auf diese Beseitigung des Übermasses gesetzlicher und richterlicher Fürsorge und zum Zwecke der Verstärkung der Selbstthätigkeit der Gläubiger wurde aber andererseits vorgeschrieben, dass der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners in allen Fällen einer Vorprüfung durch den Gläubigerausschuss unterliege. (§ 164.)

Dass der Vergleich thatsächlich erfüllt werde, dafür müssen die Gläubiger sich vorsehen, welche hiefür durch Verpfändung und Bürgschaft oder in anderer Weise, z. B. durch Einbehaltung oder sichere Verwaltung einzelner Gegenstände, durch Beaufsichtigung des Schuldners in dem Betriebe seines Geschäftes oder in der Erfüllung des Vergleiches, auch durch Abtretung bestimmter Vermögensstücke an die Gläubiger an Zahlungsstatt behufs eigener Verteilung u. s. w. sorgen können. Da das Verfahren gesetzlich die Erfüllung nicht umfasst, soll dasselbe auch nicht erst nach geschehener Erfüllung aufgehoben werden. (M. S. 396; Bem. 1 u. 3 zu §§ 175 ff.)

5) Einer besondern Erwägung wurde bei Aufstellung des Entwurfes die Frage unterzogen, ob auch ein Zwangsvergleichsverfahren ausserhalb des Konkurses, d. h. ein gerichtliches Verfahren zuzulassen sei, welches bestimmt ist, den Eintritt des Konkurses abzuwenden (Moratorial-, Accord-, Ausgleichsverfahren, gerichtliche, Nachlass- oder Erlass-, Borg- oder Stundungsverhandlungen). Man entschied sich aber dafür, dass unter der Vor-

aussetzung eines die freie Bewegung nicht hemmenden Konkursverfahrens ein Zwangsvergleichsverfahren ausserhalb desselben teils überflüssig, teils unzulässig sei. (M. S. 431—435.) Diese Auffassung fand auch die Billigung der Reichstagskommission, welche sich mit allen gegen zwei Stimmen gegen die Aufnahme derartiger Bestimmungen erklärte. (K. S. 126, 127.)

§ 160.

Sobald der allgemeine Prüfungstermin abgehalten und so lange nicht die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt worden ist, kann auf den Vorschlag des Gemeinschuldners zwischen diesem und den nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern ein Zwangsvergleich geschlossen werden.

(E. §§ 160; M. S. 403—406; K. S. 111; pr. K.-O. § 181.)

1. Zeit für die Abschliessung des Zwangsvergleiches.

Vor dem allgemeinen Prüfungstermine (§ 129) darf ein Zwangsvergleich nicht abgeschlossen werden, weil erst bis dahin eine gehörige Grundlage für einen solchen Vertrag gegeben und vorher eine Übersicht über die Konkursmasse und die teilnahmeberechtigten Gläubiger, sonach auch eine richtige Beurteilung der Vergleichsvorschläge nicht möglich ist. Von diesem Zeitpunkte ab bleibt es dem Gemeinschuldner vorbehalten, den nach Lage der Sache geeigneten Zeitpunkt auszuwählen. Das Streben, sich das Vermögen möglichst unversehrt zu erhalten, wird diesen und das Verlangen der Gläubiger nach baldiger Befriedigung wird jene bestimmen, den Abschluss des Zwangsvergleiches womöglich auf den frühesten Zeitpunkt zu verlegen. (M. S. 403, 404.) Das Gesetz verbietet übrigens nur, dass vor Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines der Zwangsvergleich abgeschlossen wird, nicht dass schon vorher durch den Gemeinschuldner ein Vergleichsvorschlag gemacht und dieser durch den Gläubigerausschuss gemäss § 164 geprüft wird. Nach den Motiven (S. 403) könnte es zwar scheinen, dass auch der Vergleichsvorschlag erst nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines erfolgen dürfe, denn es wird dort gesagt, dass sich der Zeitpunkt, „von welchem ab der Vorschlag und Abschluss eines Accordes zulässig erscheint,“ durch zweierlei Rücksichten bestimme. Diese Auffassung steht aber im Widerspruche mit der Vorschrift des § 167, nach welchem der Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbunden werden kann. Wird von dieser Befugnis Gebrauch gemacht, so muss (nach § 166) der Vergleichsvorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses schon bei der Einladung zur Versammlung mitgeteilt werden.[1])

Dass die Schlussverteilung jeden Versuch eines Zwangsvergleiches abschneidet, ergiebt sich aus der Natur der Sache, wurde aber im § ausdrücklich gesagt, weil nach dem bisher geltenden Rechte vielfach Streit darüber bestand, von welchem Zeitpunkte an die Schlussverteilung als eingetreten gelte und deshalb ein Zwangsvergleich ausgeschlossen sei. Nach den Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 149, 138) ist der Augenblick entscheidend, in dem das Gericht die vom Verwalter beantragte Vornahme der Schlussverteilung genehmigt hat. (M. S. 404.) Ist diese Genehmigung erfolgt (§ 149 Abs. 2), so muss jeder nachträglich vom Gemeinschuldner gemachte Vergleichsvorschlag zurückgewiesen werden. Ist der Vorschlag vor dieser Genehmigung eingereicht worden, so hat die Genehmigung der

[1]) Vgl. Fitting S. 352, 353 § 46 Nr. I.; Stieglitz S. 618; v. Wilmowski S. 417.

Schlussverteilung und die Anberaumung des Schlusstermines zu unterbleiben, bis über den Zwangsvergleich entschieden ist.[1]) Jedenfalls muss aber, selbst wenn das Gericht, weil es die Zurückweisung des Vorschlages erwartet, vorsorglicherweise den Schlusstermin festsetzt, der Vergleichsvorschlag in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise geprüft und beschieden werden. Der Abschluss des Zwangsvergleiches wird nicht etwa unzulässig, wenn nach Einreichung des Vorschlages, aber vor Erledigung desselben die Vornahme der Schlussverteilung genehmigt wird.[2])

2. *Personen, welche den Zwangsvergleich abschliessen.*

Die den Zwangsvergleich abschliessenden Teile sind, wie bereits oben (Vorbem. 3) bemerkt wurde, der Gemeinschuldner und die zur Mehrheit gehörigen Konkursgläubiger. (M. S. 404.) Das Recht zur Abschliessung des Vergleiches steht im allgemeinen jedem Gemeinschuldner zu. Nur für die in § 162 vorgesehenen Fälle und für die eingetragenen Genossenschaften sind Ausnahmen vorgesehen. (Vgl. § 109 Abs. 1 des Reichsges. v. 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.) Der Vorschlag zum Vergleiche muss vom Gemeinschuldner auch dann ausgehen, wenn ein Dritter sich desselben annimmt, und von dessen Entscheidung das Zustandekommen des Vergleiches abhängt. Auch ist der Gemeinschuldner immer derjenige, welcher den Vertrag abschliesst. Die Berechtigung zum Vergleichsvorschlage steht dem nichtkaufmännischen Gemeinschuldner in gleicher Weise wie dem in Konkurs geratenen Kaufmanne zu. Dieser Vorschlag ist bei dem Konkursgerichte einzureichen. Was die Gläubiger anbelangt, so müssen die Massegläubiger sowie die Absonderungsberechtigten und zwar letztere, soweit deren Forderungen durch das Hypotheken-, Pfand- oder sonstige Absonderungsrecht gedeckt werden, ausserhalb des Zwangsvergleiches bleiben. Sie sind weder berechtigt, an dem Abschlusse teilzunehmen, noch unterliegen sie den Wirkungen desselben. Der Zwangsvergleich hat es nur mit Beseitigung der Konkursverhältnisse zu thun, erstreckt sich also auch nur auf die Konkursgläubiger. (M. S. 405.) Soweit ein Absonderungsberechtigter auf seine Befugnis zur abgesonderten Befriedigung verzichtet oder einen Ausfall zu erwarten hat, kann er nach § 57 (Bem. II. 4 zu § 3; Bem. 2 u. 3 zu § 57) seine Forderung als Konkursforderung anmelden und unterliegt, falls er von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat, den Wirkungen des Zwangsvergleiches. Ein solcher Gläubiger kann sich sonach auch des in § 213 vorgesehenen Vergehens schuldig machen.[3]) Welches Stimmrecht denjenigen Absonderungsberechtigten zukommt, welche ihre Ausfallsforderungen im Konkursverfahren geltend machen, entscheidet nach § 88 das Gericht.

Dass die bevorrechtigten Gläubiger (§ 54), obgleich sie zu den Konkursgläubigern gehören, von den Wirkungen des Zwangsvergleiches und deshalb auch von der Teilnahme an der Beschlussfassung ausgeschlossen wurden, hat darin seinen Grund, dass diese Gläubiger sich doch nicht dazu verstehen würden, von ihren Ansprüchen etwas aufzugeben, und dass es ungerecht sein würde, sie durch einen Beschluss der ihnen nachgesetzten Gläubiger hiezu zu nötigen. (M. S. 405.) Zum Schutze der bevorrechtigten Gläubiger gegen eine infolge der Aufhebung des Konkurses eintretende Benachteiligung dient die Vorschrift des § 176 Abs. 2.

[1]) Vgl. Fitting S. 356 § 47 Anm. 2; Stieglitz S. 618; Wengler S. 608; v. Wilmowski S. 418 Nr. 2. Teilweise a. M. v. Sarwey S. 771, 772 und v. Völderndorff Bd. II. S. 534, 535.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 534, 535; v. Wilmowski S. 418 Nr. 3. A. M. v. Sarwey S. 771, 772.

[3]) Vgl. O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIV. S. 39; R.-G. (I. Strafs.) 4. Febr. 1889, ebendaselbst S. 221.

§ 161.

Der Vergleichsvorschlag muss angeben, in welcher Weise die Befriedigung der Gläubiger erfolgen, sowie ob und in welcher Art eine Sicherstellung derselben bewirkt werden soll.

(E. § 161; M. S. 406—408; K. S. 111.

1) Aus § 165 ergiebt sich, dass der Vergleichsvorschlag schriftlich einzureichen oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären ist. (Vgl. § 463 Abs. 1 der C.-P.-O.) Der Inhalt des Zwangsvergleiches kann zwar erst in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung (§ 166) festgestellt werden. Die Gläubiger sollen aber nicht genötigt sein, auf die blosse Erklärung des Gemeinschuldners hin, dass er ein Zwangsvergleichsverfahren beabsichtige, in ein solches einzutreten, weil es diesem sonst leicht sein würde, der Versilberung der Masse und dem Fortgange des Verteilungsverfahrens in schädlicher Weise Einhalt zu thun, jedenfalls den Gläubigern die unentbehrliche Vorlage, um ihre Entschliessung vorsorglich fassen zu können, und dem Verfahren die sichere Grundlage entzogen werden würde. Derartige Misstände hatten schon eine Novelle zur preussischen Konkursordnung veranlasst. Der Antrag des Gemeinschuldners muss einen bestimmten Vergleichsvorschlag enthalten. Da dieser Vorschlag als das Vertragsanerbieten angesehen wird, auf das sich die weitere Verhandlung und Abstimmung bezieht, und da die Gläubiger in der Lage sein sollen, sich darüber schlüssig zu machen, ob die Annahme des Zwangsvergleiches für sie voraussichtlich günstiger sein wird als die Durchführung des Konkursverfahrens, muss der Gemeinschuldner sich bestimmt darüber erklären, was er bietet und auf welche Weise er die Mittel zur Erfüllung seiner Verpflichtungen beschaffen will, insbesondere auch angeben, ob und in welcher Weise für die Erfüllung des Vergleiches Sicherheit geboten wird. (M. S. 408.) Entspricht der Vorschlag des Gemeinschuldners den gesetzlichen Vorschriften nicht, so muss er, wie sich aus der bestimmten Fassung des Gesetzes („muss") und aus dem Grund desselben ergiebt, zurückgewiesen werden. Eine Erneuerung kann jedoch in jedem Augenblicke erfolgen und es ist dann dem Vorschlage Folge zu geben, wenn die Mängel desselben verbessert worden sind. Auch ist es zulässig, dass der Konkursrichter, statt den Vorschlag ohne weiteres zurückzuweisen, den Gemeinschuldner zunächst auf die vorhandenen Mängel aufmerksam macht und zur Ergänzung auffordert. Wird der Vergleichsvorschlag wegen formeller Mängel zurückgewiesen, so ist er nicht im Sinne des § 163 „vom Gerichte verworfen". Die Vorschrift dieses § kann also nicht zur Anwendung kommen.[1]) Gegen die Verwerfung steht aber auch in diesem Falle dem Gemeinschuldner das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Für die Ausführung der vom Gemeinschuldner angebotenen Sicherheitsbestellung Vorsorge zu treffen (§ 200 der pr. K.-O.), wurde nicht als Aufgabe der Konkursordnung betrachtet. (M. S. 408.)

2) Aus § 163 ergiebt sich, dass der Gemeinschuldner seinen Vergleichsvorschlag einseitig zurückziehen kann. Die Beantwortung der Frage, bis zu welchem Zeitpunkte derselbe von dieser Befugnis Gebrauch machen darf, ist von der Entscheidung über die rechtliche Natur des Zwangsvergleiches abhängig. Sieht man die Bestätigung des Zwangsvergleiches als ein auf Grund einer prozessualischen Verhandlung ergangenes „Urteil" und als die über die rechtliche Natur allein entscheidende Thatsache an, so muss man, da die Vorschriften über die Zurücknahme der Klage kaum entsprechende Anwendung finden können, die Zurücknahme des Vorschlages solange gestatten, bis eine richterliche Entscheidung erfolgt ist.[2]) Folgeweise müsste dann allerdings auch

[1]) Vgl. Stieglitz S. 623 Anm. b; v. Völderndorff Bd. II. S. 542.

[2]) So denn auch Eccius Bd. I. S. 814 § 120 Anm. 3 und v. Wilmowski S. 422 zu § 163.

den Gläubigern gestattet werden, von ihrem Beschlusse zurückzutreten, bis der Zwangsvergleich bestätigt worden ist. Wird an der Vertragsnatur des Zwangsvergleiches festgehalten, so ist der Vergleichsvorschlag als das Anerbieten zum Abschlusse des Vertrages anzusehen. Die Gläubiger müssen sich hienach, solange sie den Vorschlag nicht angenommen haben, gefallen lassen, dass derselbe zurückgezogen wird.[1]) Dagegen ist die Zurücknahme ausgeschlossen, sobald die Gläubigerversammlung dem Vorschlage zugestimmt hat. Etwas anders als bezüglich der einfachen Zurücknahme des Vergleichsvorschlages liegt die Sache hinsichtlich der nachträglichen Abänderung der gemachten Anerbietungen. Günstigere Bedingungen darf der Gemeinschuldner den Gläubigern zwar jederzeit stellen. Dagegen kann er nicht ohne weiteres in dem Verhandlungstermine neue Vorschläge machen, welche für die Gläubiger ungünstiger als die bisherigen sind, und verlangen, dass darüber abgestimmt werde. Eine solche Abänderung ist vielmehr als Zurücknahme des bisherigen und Vorbringung eines neuen Vorschlages zu behandeln, bezüglich dessen die §§ 163 und 165 massgebend sind. Dieses Verfahren ist umsomehr geboten, da einzelne Gläubiger vom Termine ferngeblieben sein können, weil sie mit dem gemachten Vorschlage einverstanden waren, während sie die neuen Vorschläge nicht annehmen würden.[2]) Dritte Personen, welche ihre Bürgschaft oder sonstige Unterstützung versprochen haben, werden den Gläubigern gegenüber erst in dem Zeitpunkte gebunden, in welchem der Vergleichsvorschlag von der Gläubigerversammlung angenommen worden ist.[3])

3) Wenn der Gemeinschuldner nach der Einreichung aber vor der Annahme des Vergleichsvorschlages stirbt, so kommt § 206 zur Anwendung. Der Vergleichsvorschlag wird sonach hinfällig, sofern nicht sämtliche Erben denselben annehmen.[4]) Stirbt der Gemeinschuldner, nachdem sein Vorschlag in der Gläubigerversammlung angenommen worden ist, aber ehe das Gericht den Zwangsvergleich bestätigt hat, so ist der Vergleich, von dem der Gemeinschuldner, selbst wenn er noch lebte, nicht mehr zurücktreten könnte, auch für dessen Erben bindend, falls derselbe vom Gerichte bestätigt wird. Der Tod des Gemeinschuldners ändert also nichts an der gegebenen Sachlage, schliesst insbesondere die Prüfung des Vergleiches durch das Gericht nicht aus. Die Erben können sich jedoch gegen die persönliche Haftung dadurch schützen, dass sie von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch machen.

§ 162.

Ein Zwangsvergleich ist unzulässig:

1. so lange der Gemeinschuldner flüchtig ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert;
2. so lange ein wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner eröffnetes Hauptverfahren oder wiederaufgenommenes Verfahren anhängig ist;
3. wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurteilt worden ist.

(E. § 162; M. S. 408, 409; K. S. 111; pr. K.-O. § 189.)

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 593; Fitting S. 353 § 46 Text zu Anm. 3; Meves S. 172 Nr. IV.; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 53; v. Sarwey S. 778 Nr. 6; Stieglitz S. 625 Anm. a; v. Völderndorff Bd. II. S. 539.

[2]) Vgl. Fitting S. 358 § 47 Anm. 10; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 53; v. Völderndorff Bd. II. S. 562 Anm. 11.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 541.

[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 593; Fitting S. 353 § 46 Anm. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 540, 541.

1) Die im § aufgezählten Fälle gesetzlicher Unzulässigkeit eines Zwangsvergleiches beschränken sich auf solche allgemeine Umstände, welche die Annahme oder Bestätigung eines Vergleichsvorschlages ohne Rücksicht auf dessen Inhalt unbedingt ausschliessen. (Vorbem. 4.) Liegt einer der fraglichen Umstände vor, wenn der Vergleichsvorschlag gemacht wird, so ist derselbe vom Gerichte zurückzuweisen. Tritt ein solcher Umstand später ein, so ist die gerichtliche Bestätigung (§ 170) zu versagen. Handelt es sich um den Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 198 ff.) oder über einen Nachlass (§§ 202 ff.), so ist der Zwangsvergleich, da der Vorschlag von sämtlichen persönlich haftenden Gesellschaftern bezw. sämtlichen Erben oder Nachlassvertretern ausgehen muss (§§ 200 und 206), schon dann unzulässig, wenn einer der in Frage stehenden Umstände bezüglich eines Gesellschafters oder Erben vorliegt.[1]) Dürfte ein Zwangsvergleich mit dem Gemeinschuldner selbst nach § 162 nicht abgeschlossen werden, so steht dieser Umstand dem Abschlusse eines solchen mit den Erben nicht entgegen, wenn der Gemeinschuldner vor der Schlussverteilung gestorben ist. Es kommt nur darauf an, ob bezüglich der Personen, von welchen der Zwangsvergleich beantragt wird, die im § aufgezählten Thatsachen vorliegen, ihnen sonach die Vertrauenswürdigkeit fehlt, welche das Gesetz verlangt.[2])

Im Konkurse über eine eingetragene Genossenschaft konnte schon bisher nach § 196 Abs. 2 ein Zwangsvergleich überhaupt nicht stattfinden. Dasselbe gilt nach § 109 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. Dagegen enthält das Gesetz eine solche Vorschrift bezüglich der Aktiengesellschaft nicht. Auch ergiebt sich diese Unzulässigkeit nicht mittelbar aus der Vorschrift des Art. 242 Z. 3 H.-G.-B., nach welcher die A.-G. durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird. Diese Vorschrift gilt (nach den Art. 200 und 123 Z. 1 H.-G.-B.) auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien und doch lässt die Konkursordnung bezüglich der letztern den Zwangsvergleich (in den §§ 198 und 200) ausdrücklich zu. Dies erklärt sich daraus, dass durch die Auflösung die Selbständigkeit des Vermögens, auf welcher das Dasein der Gesellschaft beruht, nicht berührt wird und ungeachtet dieser Auflösung das Konkursverfahren über das Vermögen der A.-G. eröffnet werden kann. (Vgl. Bem. 2 zu §§ 193 ff.)

2) Mit einem flüchtigen Gemeinschuldner kann ein Zwangsvergleich nicht abgeschlossen werden. Als flüchtig ist dieser nicht anzusehen, wenn er sich mit Erlaubnis des Gerichtes an einem andern Wohnorte aufhält (§ 93) oder wenn er zwar eine solche Erlaubnis nicht einholte, aber seine Entfernung durch die Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung (z. B. der Militärpflicht) veranlasst worden ist. In dem letztern Falle wird eine Anzeige an den Verwalter oder an das Gericht in der Regel genügen, um die Annahme, dass eine Flucht vorliege, auszuschliessen. Die Unzulässigkeit dauert übrigens nur solange, als der Gemeinschuldner flüchtig ist. Den Zwangsvergleich im Anschlusse an die preussische Rechtsprechung auch in dem Falle für unzulässig zu erklären, in welchem der flüchtige Gemeinschuldner zurückgekehrt ist, wurde für unzweckmässig gehalten, weil gerade die Möglichkeit, einen solchen Vergleich zu schliessen, den Gemeinschuldner häufig zur Rückkehr bestimme und der Masse vorenthaltenes Vermögen zuführe. Das Versprechen des flüchtigen Gemeinschuldners, dass er, falls der Zwangsvergleich genehmigt werde, zurückkehren wolle, ist ohne rechtliche Bedeutung. Dasselbe ändert nichts an der Thatsache, dass derselbe flüchtig ist. Dieser Umstand bewirkt aber, dass ein Zwangsvergleich nicht abgeschlossen werden darf.[3]) Dem Umstand, dass der Gemeinschuldner flüchtig ist, steht die Verweigerung des Offenbarungseides gleich. (M. S. 409.)

[1]) Vgl. Fitting S. 354 und 399 § 46 Anm 6 und § 55 Anm. 12; v. Sarwey S. 854; Stieglitz S. 691 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 546 und 691; Willenbücher S. 232 Nr. 2 und S. 235 Nr. 6c; v. Wilmowski S. 420, 421, 466, 471. A. M. hinsichtlich der Flucht der Nachlassvertreter: v. Sarwey S. 866 Nr. 2a und Stieglitz S. 682 und 701.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 550.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 545.

3) Die Verurteilung des Gemeinschuldners wegen **betrüglichen Bankerutts** lässt denselben als jeden Vertrauens unwürdig erscheinen. Deshalb soll kein Gläubiger genötigt werden, sich mit ihm fernerhin einzulassen. Selbst der Umstand, dass der Zwangsvergleich für die Gläubiger vorteilhaft sein könnte, rechtfertigt die Zulassung desselben nicht. (M. S. 409.) Ist eine rechtskräftige Verurteilung erfolgt, so ist ein Zwangsvergleich mit dem verurteilten Gemeinschuldner ein für allemal ausgeschlossen, auch falls derselbe später begnadigt werden sollte. Jedoch gilt dies nur von derjenigen Verurteilung, welche mit dem in Frage stehenden Konkurse zusammenhängt. Hat ein wegen betrüglichen Bankerutts Verurteilter nach Verbüssung seiner Strafe wieder ein Geschäft angefangen und ist neuerdings in Konkurs geraten, so ist die Vorschrift des § nicht anwendbar.[1]) Ausserdem ist ein Zwangsvergleich unzulässig, wenn wegen betrüglichen Bankerutts (§ 209) das Hauptverfahren gegen den Gemeinschuldner eröffnet worden ist (§§ 201, 270 St.-P.-O.) Diese Unzulässigkeit dauert solange fort, als nicht der Beschuldigte freigesprochen und das Urteil rechtskräftig geworden ist. Erst durch die rechtskräftige Freisprechung wird derselbe entlastet. (M. S. 409.) Wird während der Dauer des wegen betrüglichen Bankerutts anhängigen Hauptverfahrens ein Vergleichsvorschlag eingereicht, so kann zwar die Gläubigerversammlung durch Mehrheitsbeschluss den Antrag stellen, die Genehmigung der Schlussverteilung aufzuschieben, bis das Strafverfahren beendigt ist, und das Gericht kann einem solchen Antrage willfahren, auch veranlassen, dass hierüber Beschluss gefasst wird. Von Amts wegen oder auf Antrag des Gemeinschuldners kann das Gericht aber die Genehmigung der Schlussverteilung nicht aufschieben, denn die Gläubiger haben nach § 149 ein Recht darauf, dass diese Verteilung vorgenommen wird, sobald die Verwertung der Masse beendigt ist. Wird das durch ein solches Urteil abgeschlossene Verfahren wieder aufgenommen (§§ 399 ff. St.-P.-O.), so wird der Zwangsvergleich von neuem unzulässig. Durch ein Strafverfahren oder eine Verurteilung wegen einfachen Bankerutts (§ 210) wird die Zulässigkeit des Zwangsvergleiches nicht berührt. Vielmehr bleibt es der Beurteilung der Gläubiger und dem pflichtmässigen Ermessen des Gerichtes überlassen (§ 173), welches Gewicht einer solchen Verurteilung oder Untersuchung beizulegen ist. (M. S. 409.)

4) Liegt zur Zeit der Einreichung des Vergleichsvorschlages ein Ausschliessungsgrund vor oder ergiebt sich ein solcher nach Einreichung des Vorschlages, so hat der Konkursrichter diesen Vorschlag durch **Beschluss abzulehnen** und von dem weitern im Gesetze vorgesehenen Zwangsvergleichsverfahren abzusehen. Wird der Grund, welcher den Zwangsvergleich als unzulässig erscheinen lässt, so spät bekannt, dass der Vergleichstermin nicht mehr abbestellt werden kann, so ist der Beschluss im Termine bekannt zu geben. Eine Verhandlung und Abstimmung über den Vergleichsvorschlag findet auch in diesem Falle nicht statt, da dieser Vorschlag, ungeachtet der Annahme durch eine genügende Gläubigermehrheit, zurückgewiesen werden müsste.[2]) Vor der Entscheidung über die Frage, ob der Vorschlag zurückzuweisen ist, kann der Konkursrichter gemäss § 67 Ermittelungen anordnen. Gegen den Beschluss, durch welchen der Vorschlag zurückgewiesen wird, steht dem Gemeinschuldner sofortige Beschwerde zu.

§ 163.

Auf Antrag des Verwalters und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern kann das Gericht den Vergleichsvorschlag

[1]) Vgl. Fitting S. 354 § 46 Anm. 10; Meves S. 174; v. Völderndorff Bd. II. S. 549, 550; Willenbücher S. 206; Ldg. Hamburg 26. Jan. 1881, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. VIII. S. 71. A. M. v. Wilmowski S. 421 Nr. 5.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 597; Stieglitz S. 623; v. Völderndorff Bd. II. S. 545.

zurückweisen, wenn bereits in dem Konkursverfahren ein Vergleichsvorschlag von den Gläubigern abgelehnt oder von dem Gerichte verworfen oder von dem Gemeinschuldner nach der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermins zurückgezogen worden ist.

§ 164.

Wird der Vergleichsvorschlag nicht zurückgewiesen, so hat der Gläubigerausschuss sich über die Annehmbarkeit des Vorschlages zu erklären.

Erklärt der Gläubigerausschuss den Vorschlag nicht für annehmbar, so ist ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die Verwertung der Masse nicht zu berücksichtigen.

(E. §§ 163, 164; M. S. 410, 411; K. S. 111; pr. K.-O. § 189 Z. 3.)

1) Die Wiederholung eines bereits abgelehnten oder zurückgezogenen Vergleichsvorschlages ist zwar zulässig. Es soll aber dem Gemeinschuldner nicht das Recht zustehen, die Gläubiger immer wieder mit seinen bereits zurückgewiesenen Vorschlägen zu behelligen. Deshalb ordnet § 163 für den Fall der Wiederholung eines bereits verworfenen Vorschlages eine Vorprüfung desselben an und gestattet je nach Lage des Falles eine Zurückweisung des Vergleichsvorschlages und damit des Vergleichsverfahrens durch das Gericht. Dieses darf jedoch nicht von Amts wegen über die Angelegenheiten der Gläubiger verfügen. Es soll vielmehr nur darüber entscheiden, ob dem Vergleichsvorschlage oder einem diesem entgegengesetzten Antrage auf Zurückweisung stattzugeben ist. Um die Wahrnehmung sowohl der allseitigen Interessen der Gläubiger als der Interessen des Gemeinschuldners in möglichster Weise zu sichern, verlangt die Konkursordnung den übereinstimmenden Antrag des Gläubigerausschusses und des Konkursverwalters. Ist ein Gläubigerausschuss nicht bestellt, so hat der Antrag vom Verwalter allein auszugehen. (M. S. 411.) Das hier vorgesehene Verfahren greift auch dann Platz, wenn der frühere Vergleichsvorschlag vom Gerichte verworfen wurde und die Gründe der Verwerfung zugleich für den neuen Vorschlag zutreffen. Von der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist hier, wie auch in den Motiven bemerkt wurde, nicht die Rede, weil der ablehnende Beschluss nur einer formellen, nicht einer materiellen Rechtskraft fähig ist. Eine nochmalige Prüfung ist auch deshalb zugelassen worden, weil „die Beurteilung der sich gleichgebliebenen Verhältnisse eine andere und richtigere geworden sein kann.“ (M. S. 410.)[1] Gegen die Zurückweisung des Vorschlages steht dem Gemeinschuldner die sofortige Beschwerde zu. Hat der Verwalter allein den Antrag auf Zurückweisung gestellt, so kann er auch allein Beschwerde einlegen, wenn seinem Antrage nicht entsprochen worden ist. Ist ein übereinstimmender Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses auf Zurückweisung des Vorschlages abgelehnt worden, so ist formell jeder Antragsteller zur Beschwerde berechtigt. Aber diese muss zurückgewiesen werden, wenn sie nicht von beiden Organen eingelegt worden ist, weil es, wenn sich eines derselben bezüglich der Zulassung des Vorschlages

[1]) Vgl. Meisner S. 343; Meves S. 175; v. Sarwey S. 777, 778; Stieglitz S. 625 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 552 lit. d, S. 554 lit. h; Willenbücher S. 207 Nr. 3; v. Wilmowski S. 421. A. M. Hullmann S. 313.

beruhigt hat, an der materiellen Voraussetzung der Zurückweisung (dem übereinstimmenden Antrage) fehlt.[1]) Die Antragsteller können unter allen Umständen eine Entscheidung über ihren Antrag verlangen, da sie nicht bloss ein Gutachten abzugeben haben, sondern einen förmlichen Antrag stellen dürfen, der eine Entscheidung notwendig macht. (Bem. III. 2 zu § 66 S. 314.)[2])

2) Falls der Vergleichsvorschlag nicht auf Grund der §§ 161—163 zurückgewiesen wird, hat nach § 164 eine Vorprüfung desselben durch den Gläubigerausschuss einzutreten, sofern ein solcher bestellt worden ist. Der Ausschuss kann zwar dem Willen der einzelnen Gläubiger nicht vorgreifen und nicht über die Annahme des Vorschlages entscheiden. Er soll aber die Annehmbarkeit des Vergleichsvorschlages begutachtend prüfen. Dem verneinenden Ausspruche wurde die rechtliche Wirkung beigelegt, dass er einen Widerspruch des Gemeinschuldners gegen die fortschreitende Versilberung der Masse (§§ 121 Z. 1 und 122) entkräftet. Ausserdem wird die Vorprüfung in allen Fällen einen thatsächlichen Einfluss üben. Sie soll den einzelnen Gläubigern die Würdigung der Verhältnisse erleichtern und dem Schuldner für den Erfolg seines Vorschlages einen sichern Anhalt bieten. (M. S. 411.) Ehe der Ausschuss sein Gutachten abgiebt, kann er vom Gemeinschuldner (gemäss § 92) Auskunft über die in Betracht kommenden Verhältnisse verlangen. Auch ist er berechtigt, mit diesem und dem Dritten, welcher den Vergleich zustande bringen will, zu verhandeln und seinen Einfluss dahin geltend zu machen, dass der Vergleichsvorschlag eine annehmbare Gestalt erhalte. (Bem. 3 zu §§ 165 ff.) Erklärt der Gläubigerausschuss den Vorschlag nicht für annehmbar, so wird das Verfahren fortgesetzt und die Entscheidung der Gläubigerversammlung eingeholt. Es muss aber dann (nach § 164 Abs. 2) vom Verwalter mit der Verwertung der Masse fortgefahren werden, wie wenn ein Vergleichsvorschlag nicht eingereicht worden wäre, während im andern Falle das Gericht die Fortsetzung der Verwertung (gemäss § 123 Abs. 2) vorläufig untersagen kann. Ob das Gericht ungeachtet der ablehnenden Äusserung des Gläubigerausschusses die vom Gemeinschuldner beantragte Aussetzung des Vollzuges einer Abschlagsverteilung anordnen will, ist in sein Ermessen gestellt, somit nach Zweckmässigkeitsgründen zu beurteilen.[3])

Giebt der Ausschuss ungeachtet einer an ihn gerichteten Aufforderung ein Gutachten nicht ab, so kann das im Gesetze vorgesehene Verfahren trotzdem durchgeführt werden. Wollte man dieses Verfahren als nichtig ansehen, weil das Gutachten des Gläubigerausschusses fehlt, so könnte dieser Ausschuss durch Verweigerung des Gutachtens das Zustandekommen des Zwangsvergleiches hindern. Eine solche Befugnis steht ihm aber nicht zu.[4]) Sollte es das Gericht unterlassen haben, den Ausschuss zur Abgabe eines Gutachtens aufzufordern, so würde dagegen eine Zuwiderhandlung gegen die für das Verfahren und den Abschluss des Vergleiches gegebenen Vorschriften vorliegen und deshalb § 172 Z. 1 zur Anwendung kommen. Eine Bestätigung des Vergleiches darf in einem solchen Falle unzweifelhaft nicht erfolgen, ehe das Gutachten des Gläubigerausschusses nachgeholt ist. Die Nachholung des Gutachtens allein genügt aber auch nicht, da dieses Gutachten den Gläubigern vor ihrer Abstimmung über den Vorschlag vorliegen soll. Es muss vielmehr, nachdem der Ausschuss sein Gutachten abgegeben hat und den Vorschriften des § 165 Genüge geschehen ist, neuerdings ein Vergleichstermin anberaumt werden. (Bem. II. 2 zu §§ 170 ff.)

[1]) A. M. Fitting S. 355 § 46 Anm. 13 und v. Völderndorff Bd. II. S. 553 Anm. 11.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 626; v. Völderndorff a. a. O.; Willenbücher S. 207 Nr. 2; v. Wilmowski S. 422. A. M. Fitting a. a. O.

[3]) Vgl. Meves S. 175. A. M. Fitting S. 356 § 46 Nr. V. und Anm. 15, sowie Willenbücher S. 207, welche annehmen, dass der in Frage stehende Antrag unter solchen Umständen immer abgelehnt werden müsse.

[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 595; v. Sarwey S. 781 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. II. S. 557; v. Wilmowski S. 422 Nr. 1. A. M. Hullmann S. 314 Nr. 1 zu § 166.

§ 165.

Der Vorschlag und die Erklärung des Gläubigerausschusses sind auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen.

§ 166.

Der Vergleichstermin soll nicht über einen Monat hinaus anberaumt werden. Der Termin ist öffentlich bekannt zu machen. Zu demselben sind unter Mitteilung des Vergleichsvorschlages und des Ergebnisses der Erklärung des Gläubigerausschusses die nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, besonders zu laden.

§ 167.

Auf Antrag des Gemeinschuldners und, wenn ein Gläubigerausschuss bestellt ist, des letztern kann das Gericht den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine verbinden.

(E. §§ 165—167; M. S. 411—414; K. S. 111, 184; pr. K.-O. §§ 183, 184.)

1) Der Vergleichsvorschlag ist, wie jedes den Gang des Konkursverfahrens bestimmende Gesuch, bei dem Gerichte einzureichen. Geschieht dies vor dem Schlusse des Prüfungstermines, so ist es Sache des Gemeinschuldners, die Feststellung der Einreichung zu beantragen, damit die Vorschrift des § 121 Z. 1 beobachtet wird. Ob die Vorprüfung des Vorschlages durch den Verwalter und durch den Gläubigerausschuss vor der Einreichung an das Gericht seitens des Gemeinschuldners betrieben oder nach der Einreichung seitens des Gerichtes veranlasst wird, ist gleichgültig. In dieser Beziehung sind die Umstände des Falles entscheidend. Auch ist dem Gläubigerausschusse und dem Verwalter der Weg der Verständigung unter sich und mit dem Gemeinschuldner (§ 92) anheimgestellt. (M. S. 412.)

2) Zur Vorbereitung der Gläubiger auf den Vergleichstermin (Bem. 3) dient zunächst die in § 165 vorgeschriebene Niederlegung des Vergleichsvorschlages und der Erklärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei, ausserdem aber auch die Art der Bekanntmachung des Vergleichstermines und die Art und Weise, in welcher die zur Abstimmung berechtigten Konkursgläubiger vorzuladen sind. Dass Inventar und Bilanz gleichfalls auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offen liegen (§ 114), braucht, wie auch in den Motiven (S. 413) hervorgehoben wurde, in der Ladung nicht ausdrücklich bemerkt zu werden. Das Verlangen, auszugsweise eine Vermögensübersicht anfertigen und den Gläubigern zustellen zu lassen, wurde in den Motiven für unberechtigt erklärt, weil es ohne wesentlichen Nutzen sei, aber eine kostspielige Schreiberei verursachen würde. In der Reichstagskommission wurde es auffällig gefunden, dass eine Ladung des Gemeinschuldners und des Verwalters nicht vorgeschrieben sei, worauf Hagens bemerkte, dass bezüglich des Gemeinschuldners, als des betreibenden Teiles, wie bezüglich des Verwalters die öffentliche Bekanntmachung genüge und eine besondere Ladung nicht notwendig sei. (K. S. 184.)

Dem Vergleichstermine einen besondern Erörterungstermin zur Klarstellung der Stimmberechtigung der Gläubiger (§ 182 Abs. 3 der pr. K.-O.) vorhergehen zu lassen, wurde mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 87 und 88 als überflüssig angesehen, weil mit der Prüfung jeder streitig gebliebenen und nicht inzwischen nach § 132 oder 135 festgestellten Forderung über deren Zulassung zum Abstimmen durch das Gericht bereits entschieden ist, nach dem Prüfungstermine angemeldete Forderungen aber in der Regel noch vor dem Vergleichstermine zur Prüfung gebracht werden können. (§§ 87 Abs. 1 und 130.) Wo diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird es dem Richter nicht schwer fallen, die Entscheidung in Gemässheit des § 87 Abs. 2 noch vor der Verhandlung in dem Vergleichstermine zu treffen; die Gefahr einer ungenügenden Vorbereitung und demnach ungünstigen Entscheidung wird übrigens auch die Gläubiger vor zu späten Anmeldungen zurückschrecken. Im Vergleichstermine selbst brauchen Anmeldungen nicht angenommen zu werden. (§ 127.) Hienach ist es möglich und empfiehlt es sich, auf Grund der Tabelle ein Verzeichnis der stimmberechtigten Gläubiger vor dem Vergleichstermine vorzubereiten, welche freilich erst in dem Termine abgeschlossen werden kann. (M. S. 413.)

3) Die Beschlussfassung der Gläubiger über den der Vorprüfung unterworfenen Vergleichsvorschlag erfolgt in einem gerichtlichen Termine, dem Vergleichstermine, dessen Abhaltung nach der Konkursordnung als unerlässlich erscheint und dessen Ergebnis die Grundlage für das weitere Verfahren bildet. Nur was in diesem Termine verhandelt ist, kann die Grundlage für die richterliche Bestätigung und die weitern rechtlichen Folgen bilden; was vorher geschehen ist, dient lediglich zur Vorbereitung des Ergebnisses. Nachträgliche Ergänzungen und Änderungen sind ohne Einfluss auf dasselbe. Darum dürfen nur diejenigen Erklärungen der Gläubiger für den Abschluss entscheiden, welche von ihnen oder für sie im Vergleichstermine abgegeben wurden. (M. S. 412.) Vorschriften, welche das sogenannte „Kolportieren" des Vergleichsvorschlages gestatten, wurden für schädlich gehalten, weil sich der einzelne Gläubiger ausserhalb der Verhandlung vielfach durch Überredung zu nicht erwogenem Beitritte gewinnen oder zur Ausbedingung besonderer Vorteile bestimmen lasse. Ebenso wurde von einer in vielen Gesetzgebungen vorkommenden Vorschrift abgesehen, nach welcher das persönliche Erscheinen des Gemeinschuldners im Termine eine Vorbedingung für die Verhandlung bildet. Hiebei war einesteils massgebend, dass der Gemeinschuldner sich seiner Verpflichtung zur Auskunftserteilung (§§ 92, 93) ohnedies nicht entziehen dürfe und sich auch im eigenen Interesse ohne Not dem Erscheinen nicht entziehen werde. Andernteils wurde erwogen, dass der Abschluss des Vergleiches auf Grund des urkundlich festgestellten Vorschlages und die Verhandlung über denselben durch einen Vertreter des Gemeinschuldners erfolgen könne und dass manchmal, ganz abgesehen von Krankheits- und Verhinderungsfällen, eine Vertretung des Gemeinschuldners für den Abschluss des Vergleiches förderlicher sei als dessen persönliches Erscheinen. (M. S. 412.) Die Anwesenheit des Verwalters im Vergleichstermine ist nicht unbedingt erforderlich, weil derselbe bezüglich des Zwangsvergleiches nicht den Schuldner zu vertreten hat (Bem. 5), sondern sich über den Vergleichsvorschlag nur gutachtlich äussern könnte und ein Gutachten desselben nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist.[1]) Dessen Anwesenheit ist aber unter allen Umständen, selbst wenn er vor dem Vergleichstermine ein Gutachten abgegeben haben sollte, wünschenswert, weil er am besten in der Lage ist, über die in Betracht kommenden Verhältnisse zuverlässige Auskunft zu geben.

4) Das Verfahren im Vergleichstermine wird sich in folgender Weise gestalten. Der Richter eröffnet nach Feststellung der Stimmberechtigung der einzelnen Gläubiger die Verhandlungen über den Vergleichsvorschlag, welcher vom Gemeinschuldner oder vom Ver-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 597; Stieglitz S. 634 Anm. b; v. Wilmowski S. 424. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 560 lit. a Nr. II., welcher die Anwesenheit des Verwalters oder doch dessen Vertretung für notwendig hält.

walter zu begründen ist.[1]) Daran reihen sich die etwaige gutachtliche Äusserung des Verwalters und die Mitteilung des schriftlichen Gutachtens des Gläubigerausschusses, das die Mitglieder desselben noch mündlich erläutern können, sowie die Meinungsäusserungen der einzelnen Gläubiger. Der Richter hat dafür zu sorgen, dass der Vorschlag genau, vollständig und den gesetzlichen Bestimmungen gemäss sei, auch eine Abstimmung mit Ja und Nein, und im Falle der Annahme und Bestätigung eine Aufhebung des Verfahrens nach Vorschrift des Gesetzes ermögliche. Die Befugnis, die Abstimmung über den Vergleichsvorschlag durch Mehrheitsbeschluss bis zu einem neuen Termine auszusetzen (pr. K.-O. § 184 Abs. 3), ergiebt sich nach der Konkursordnung von selbst. Falls ausnahmsweise wegen ungenügender Aufklärung der Vergleichsvorschlag abgelehnt wird, ist eine Wiederholung desselben zulässig. Der wesentliche Hergang der Verhandlung, die Entscheidungen des Gerichtes, eine Abänderung des Vergleichsvorschlages, die Abstimmung der Gläubiger und die Verkündung ihres Ergebnisses müssen in das Protokoll oder in eine Anlage desselben aufgenommen werden; der Unterzeichnung desselben durch die Beteiligten bedarf es nach den §§ 148, 149 der C.-P.-O. nicht. (M. S. 413, 414.)

5) Zur Beschleunigung des Verfahrens beschränkt die Konkursordnung die Ladungsfrist auf einen Monat und gestattet dem Gerichte, auf übereinstimmenden Antrag des Gemeinschuldners und des Gläubigerausschusses, oder in Ermangelung des letztern auf den Antrag des Gemeinschuldners allein, den Vergleichstermin mit dem allgemeinen Prüfungstermine zu verbinden. Hiedurch wird es ermöglicht, ein Konkursverfahren in Gemässheit der §§ 126, 128 von der Eröffnung ab gerechnet in etwa zwei Monaten und im Falle des § 102 Abs. 2 in einem Monate durch Zwangsvergleich zu beendigen. Von dieser Befugnis wird jedoch mit Rücksicht auf eine möglichst zahlreiche Beteiligung der Gläubiger nur ausnahmsweise Gebrauch gemacht werden dürfen. Diese Erläuterungen weichen von dem Inhalte der Motive (S. 412) wesentlich ab. Zwischen letzterem und dem Wortlaute des § besteht insofern keine Übereinstimmung, als das Gesetz von einem Antrage des Gemeinschuldners und des Gläubigerausschusses spricht, während die Motive (S. 412) voraussetzen, dass der Verwalter und der Gläubigerausschuss den Antrag zu stellen haben. Aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes und da ein Druckfehler bei Veröffentlichung desselben nicht in Frage steht, die Bestimmung desselben vielmehr mit dem Entwurfe übereinstimmt, muss ein Antrag des Gemeinschuldners verlangt und ein solcher des Verwalters als überflüssig angesehen werden. Auf die Ausführungen in den Motiven, welche mit dem Gesetze im Widerspruche stehen, ist hienach kein Gewicht zu legen. Übrigens entspricht auch die Antragstellung durch den Gemeinschuldner der bestehenden Sachlage, da der Vergleichsvorschlag selbst gleichfalls nur von ihm ausgeht und lediglich ein Übereinkommen zwischen dem Gemeinschuldner und den Gläubigern in Frage steht, bezüglich dessen dem Verwalter, dem in dieser Beziehung die Vertretung des Gemeinschuldners nicht zusteht, eine entscheidende Stimme nicht eingeräumt worden ist.[2]) Der Gläubigerausschuss soll die Interessen der Konkursgläubiger wahren. Die Vorschrift des § 167 liefert bei dieser Auffassung eine weitere Bestätigung der Ansicht, nach welcher der Verwalter im Konkursverfahren nicht die Gläubiger oder die Konkursmasse als Rechtssubjekt, sondern den Gemeinschuldner vertritt. (Bem. II. zu § 5.) Daraus erklärt es sich nämlich, dass er bei dem Zwangsvergleiche nicht notwendig mitzuwirken braucht, weil dieser seine Wirkungen erst nach Aufhebung des Konkursverfahrens übt und deshalb der Gemeinschuldner seine darauf bezüglichen Interessen selbst zu wahren hat. Ein besonderer Nachteil wird übrigens, auch wenn ein Versehen vorliegen sollte, aus dem-

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 562.

[2]) So auch: Fitting S. 357 § 47 Anm. 4; v. Sarwey S. 782 Anm. *; Stieglitz S. 629 Anm. a; Willenbücher S. 209; v. Wilmowski S. 425. Vgl. dagegen v. Völderndorff Bd. II. S. 566 ff., welcher annimmt, dass sich in den Entwurf ein Druckfehler eingeschlichen habe und es statt „Gemeinschuldner" „Verwalter" heissen solle.

selben nicht entstehen, da der Gemeinschuldner das dringendste Interesse hat, die Verhandlung über seinen Vorschlag zu beschleunigen, und das Gericht ohnedies in der Lage ist, den Verwalter zu hören und auf dessen Ansicht das ihr gebührende Gewicht zu legen. Auch wenn Gemeinschuldner, Verwalter und Gläubigerausschuss die Verbindung der Termine beantragen, ist das Gericht nicht genötigt, deren Antrag zu entsprechen („kann"). Die Verbindung des Vergleichstermines mit einem besondern Prüfungstermine wird durch § 167 nicht berührt. Dieselbe kann auch ohne Antrag erfolgen. Wird von derselben Gebrauch gemacht, so muss die Prüfung der Forderungen den Vergleichsverhandlungen vorausgehen, weil erst durch die Prüfung festgestellt wird, ob die betreffenden Gläubiger bei der Abstimmung über den Zwangsvergleich mitwirken dürfen.

Gegen die Abweisung des in § 167 vorgesehenen Antrages steht sofortige Beschwerde zu. Dass die Entscheidung in das Ermessen des Gerichtes gestellt ist, hat die Ausschliessung der Beschwerde nicht zur Folge, da diese nicht bloss dazu dient, Gesetzesverletzungen zu beseitigen.[1]) Wenn ein Gläubigerausschuss besteht, kann jedoch die Beschwerde ebenso wie in dem in § 163 vorgesehenen Falle nur dann Erfolg haben, wenn beide Antragsteller dieselbe einlegen. Gegen die Anordnung, dass die beiden Termine zu verbinden sind, wird den einzelnen Gläubigern, welche auch von der Verbindung erst durch die öffentliche Bekanntmachung Kenntnis erhalten, ein Beschwerderecht nicht zustehen, da sie hier durch den Gläubigerausschuss vertreten werden und sich deshalb nicht beschweren können, wenn dessen Antrag entsprochen worden ist, oder sie einen Ausschuss nicht gewählt haben.[2]) Nur wenn der Richter unter Verletzung des § 167 die Verbindung (von Amts wegen oder auf einseitigen Antrag) angeordnet haben sollte, wird auch den Gläubigern ein Beschwerderecht zustehen.

§ 168.

Der Vergleich muss allen nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern gleiche Rechte gewähren. Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Jedes andere Abkommen des Gemeinschuldners oder anderer Personen mit einzelnen Gläubigern, durch welche diese bevorzugt werden sollen, ist nichtig.

(E. § 168; M. S. 407, 408; K. S. 111; pr. K.-O. § 186 Z. 3.)

1) Für den Inhalt eines jeden Zwangsvergleiches verlangt die Konkursordnung unbedingte Gleichstellung aller von demselben betroffenen Gläubiger. Der Zwangsvergleich darf der Mehrheit nicht andere Rechte gewähren als der Minderheit, den abstimmenden Gläubigern nicht andere als den ausbleibenden, den bekannten nicht andere als den unbekannten, und zwar ebensowenig höhere Prozentsätze wie bessere Bedingungen oder grössere Sicherheit. Auch ein Dritter, welcher den Gemeinschuldner bei Abschluss des Zwangsvergleiches unterstützen will, kann nicht in rechtswirksamer Weise ein Abkommen treffen, durch welches einzelne Gläubiger benachteiligt werden, sonach der in § 168 aufgestellte Grundsatz verletzt wird.[3]) Eine ungleiche Bestimmung der Rechte ist jedoch mit ausdrücklicher Einwilligung der zurückgesetzten Gläubiger zulässig. Gegenüber unbekannten Gläu-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 629. A. M. Fitting S. 357 § 47 Anm. 4 und v. Völderndorff Bd. II. S. 567 568 Anm. 26.

[2]) Vgl. Fitting und v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Vgl. R.-G. (IV.) 26. März 1885, Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 1034 ff. bes. S. 1038.

bigern, deren Einwilligung zu ungleicher Festsetzung der Rechte nicht erlangt werden kann, ist die Gültigkeit des Zwangsvergleiches nur dadurch zu sichern, dass ihnen die Rechte der meistbegünstigten Gläubiger eingeräumt werden, so dass sie sich über Zurücksetzung nicht beschweren können.[1]) Die bekannten Gläubiger können diese ihre Zustimmung sowohl in der gerichtlichen Vergleichsverhandlung als auch in einer besondern, vorzulegenden Erklärung gültig abgeben. Ebenso kann ein über die vorzugsweise Behandlung einzelner Gläubiger getroffenes Nebenabkommen durch ausdrückliche Zustimmung der übrigen Gläubiger in der gerichtlichen Verhandlung genehmigt werden. Solche Nebenabkommen bilden dann einen Teil des gerichtlichen Vergleiches. Sonstige Nebenverabredungen dagegen, durch welche einzelnen Gläubigern vom Gemeinschuldner oder einem Dritten ein besonderer, vom Inhalte des Zwangsvergleiches abweichender Vergleich geboten wird, duldet die Konkursordnung nicht. Ein solches Abkommen setzt den Zwangsvergleich der Verwerfung (§ 173 Z. 1) sowie der Anfechtung (§ 182), die Vertragschliessenden aber der Bestrafung aus. (§§ 211, 213.) Dass das Nebenabkommen, selbst wenn das Strafgesetz ausser Anwendung bleiben müsste, nicht einmal zwischen den Vertragschliessenden rechtliche Wirksamkeit beanspruchen darf, wurde zur Vermeidung von Zweifeln ausdrücklich gesagt. (M. S. 407.) Damit § 168 zur Anwendung kommen kann, genügt es übrigens, dass sachlich eine Bevorzugung vorliegt, sonach der Vorschrift im ersten Satze des § zuwidergehandelt worden ist. Ob diese Bevorzugung den Beteiligten zum Bewusstsein gekommen ist, erscheint nach dem Zwecke der in Frage stehenden Vorschriften als gleichgültig. Es kann nicht angenommen werden, dass solche Verträge zwar die Verwerfung und Anfechtung des Zwangsvergleiches rechtfertigen, aber unter den Vertragschliessenden gültig sein sollen.[2]) Wo es für die Rechtsgültigkeit einer Handlung darauf ankommt, wird in der Konkursordnung das Erfordernis der Absicht oder des Bewusstseins der Kenntnis regelmässig besonders hervorgehoben.

Die Vorschrift des § trifft auch dann zu, wenn die ungleiche Behandlung dadurch verschleiert wird, dass einzelne Gläubiger zufolge einer Forderungsübertragung, welche sich als Abkauf des Stimmrechtes darstellt, ausscheiden.[3]) Ebenso kann dieselbe Anwendung finden, wenn ein Bürge für einen Teil der Forderungen, ein anderer für die übrigen haften soll.[4]) Auch solche Verträge fallen endlich unter die Vorschrift des §, welche zwar nach Abschluss des Vergleiches aber mit Rücksicht auf denselben zustande gekommen sind und durch welche das Gesetz umgangen werden soll. Denn das Gesetz erklärt „jedes Abkommen, durch welches einzelne Gläubiger bevorzugt werden sollen", für nichtig. Ob die Verpflichtungen aus dem Zwangsvergleiche bereits erfüllt sind oder nicht, kann eine Unterscheidung nicht rechtfertigen.[5]) Hienach kann die Ansicht nicht als zutreffend angesehen werden, dass sich aus dem Abkommen bereits zur Zeit des Zwangsvergleiches eine Bevorzugung ergeben müsse.[6])

In der Reichstagskommission wurde vom Vorsitzenden bemerkt, er nehme an, dass die Vorschriften über den Zwangsvergleich nicht zur Anwendung kämen, wenn sämtliche Gläubiger dem Vergleichsvorschlag zugestimmt haben sollten. In zutreffender Weise er-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 631.

[2]) Vgl. v. Mandry S. 360 § 38 a. E. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 587, 588; Fitting S. 360 § 47 Anm. 16; v. Wilmowski S. 426 Nr. 4.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 783; Stieglitz S. 632; v. Völderndorff Bd. II. S. 574; Willenbücher S. 209 Nr. 1; v. Wilmowski S. 426 Nr. 4; ferner das Urt. des preuss. Obertribunals vom 18. Dez. 1862, Striethorst, Arch. Bd. 46 S. 353 ff.

[4]) Vgl. Fitting S. 360 § 47 Anm. 14; Hullmann S. 315; v. Sarwey S. 783; Stieglitz S. 630 Anm. a.; Willenbücher S. 209 Nr. 2; ferner die Urt. des preuss. Obertribunals vom 21. Febr. 1865, Entsch. Bd. 53 S. 568, und des R.-O.-H.-G. vom 14. Nov. 1871, Entsch. Bd. IV. S. 20 ff.

[5]) Vgl. Stieglitz S. 632; v. Völderndorff Bd. II. S. 573 Anm. 14. A. M. v. Mandry S. 360 § 38 a. E.; v. Sarwey S. 784 Nr. 4a; Willenbücher S. 210 Nr. 5; v. Wilmowski S. 426 Nr. 4 a. E.

[6]) So das R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 69.

widerte aber Hagens: „Sei das Zwangsvergleichsverfahren in Gang gesetzt, so seien die Vorschriften des sechsten Titels in Anwendung zu bringen, gleichviel ob der Vergleich zustande gekommen sei nur durch eine Mehrheit oder durch Einstimmigkeit der im Termine anwesenden Gläubiger oder durch die Einstimmigkeit aller Stimmberechtigten überhaupt. Auch einen einstimmig geschlossenen Vergleich würde also das Konkursgericht verwerfen müssen, wenn z. B. die Voraussetzungen des § 172 vorliegen sollten. Dagegen werde durch ein schwebendes Zwangsvergleichsverfahren die Einstellung des Verfahrens auf Grund der Zustimmung aller Gläubiger nach Massgabe des § 188 keineswegs ausgeschlossen." (K. S. 111.)

2) Hinsichtlich der Wirkungen des in § 168 enthaltenen Verbotes besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen den Fällen, in welchen der Zwangsvergleich selbst eine Bevorzugung einzelner Gläubiger enthält, und denjenigen Fällen, in welchen eine solche in einem Nebenabkommen enthalten ist. Die Unwirksamkeit des Zwangsvergleiches kann nur dadurch zum Ausdrucke gelangen, dass derselbe vom Konkursgerichte verworfen wird. (§§ 170, 172.) Dagegen ist die Nichtigkeit eines Nebenabkommens in anderer Weise geltend zu machen und es hat darüber nicht das Konkursgericht zu entscheiden. Verletzt der Zwangsvergleich selbst den Grundsatz der gleichen Behandlung aller Konkursgläubiger, so kann dieser Mangel dadurch geheilt werden, dass die benachteiligten Gläubiger der sie benachteiligenden Bestimmung zustimmen. Geschieht dies nicht oder ist dieser Weg deshalb ausgeschlossen, weil unbekannte Gläubiger benachteiligt sind, so muss das Konkursgericht den Zwangsvergleich allerdings nach § 172 verwerfen. (Bem. II. 2 zu §§ 170 ff. S. 525.) Falls dies nicht geschieht, weil der Richter den Mangel übersieht, so äussert, wenn der Beschluss in Rechtskraft erwächst, der Zwangsvergleich dennoch die in § 178 vorgesehenen Wirkungen. Man kann nicht sagen, dass die Rechtskraft insoweit nicht eintrete, als der Zwangsvergleich einzelne Gläubiger ohne Zustimmung der übrigen bevorzuge, denn eine teilweise Rechtskraft des Beschlusses ist mit den §§ 178, 179 nicht zu vereinbaren. Ein nichtiges Nebenabkommen kann dagegen, da es nicht im Zwangsvergleiche selbst Aufnahme gefunden hat, auch nicht durch die richterliche Bestätigung desselben Rechtswirksamkeit erlangen. Ob dasselbe als nichtig anzusehen ist, muss hier, wenn Streit darüber entsteht, im Wege des ordentlichen Prozesses durch Urteil festgestellt werden. Die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches selbst wird dadurch, dass ausserhalb desselben ein als nichtig anzusehendes Nebenabkommen getroffen worden ist, nicht unmittelbar berührt. Dasselbe kann jedoch Veranlassung dazu geben, dass ein Gläubiger gemäss § 173 die Verwerfung des Zwangsvergleiches beantragt und dass diesem Antrage entsprochen wird. Soweit es sich um das Nebenabkommen handelt, wird übrigens nur diejenige Vertragsbestimmung von der Nichtigkeit betroffen, welche eine Bevorzugung enthält, nicht auch dasjenige Vertragsverhältnis, welches an sich vom Zwangsvergleiche unabhängig ist, auf welches sich aber das Nebenabkommen bezieht. Nimmt z. B. der Gemeinschuldner, um sich die Mittel zur Erfüllung des Zwangsvergleiches zu verschaffen, ein Darlehen auf, und verspricht er, um dieses zu erlangen, dass er den Gläubiger bevorzugen werde, so ist zwar diese Nebenabrede nichtig, der Darlehensvertrag aber gültig.[1]) Ist das einen Gläubiger begünstigende Abkommen sowohl für den Fall des Zwangsvergleiches als für den einer anderweitigen Erledigung des Konkursverfahrens getroffen worden, so ist dasselbe gültig, falls ein Zwangsvergleich nicht zustande kommt.[2]) Ob der Gemeinschuldner dasjenige, was er auf Grund des Abkommens geleistet hat, zurückfordern kann, ist nach den Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechtes zu beurteilen.[3])

[1]) R.-G. (I.) 7. Dez. 1887, jur. Wochenschr. 1888 S. 17.

[2]) R.-G. (III.) 25. Juni 1886, Zeitschr. für das Notariat in Rheinpreussen Bd. 32 S. 43.

[3]) Vgl. v. Sarwey S. 784, 785; Willenbücher S. 210 Nr. 4; v. Wilmowski S. 426 Nr. 4. A. M. Meves S. 178 Nr. V., und Stieglitz S. 632, welche das Recht auf Zurückforderung unbedingt zulassen, ferner v. Völderndorff Bd. II. S. 575, nach dessen Ansicht die Umstände des Falles entscheiden.

3) Das Gebot der unbedingten Gleichstellung aller Gläubiger gilt nicht für die aussergerichtlich abgeschlossenen Vergleiche, durch welche das Konkursverfahren abgewendet werden soll. Ein solcher Vergleich enthält nicht notwendig die stillschweigende Bedingung, dass kein Gläubiger vor den übrigen bevorzugt werden dürfe. Ob eine solche Bedingung gewollt ist, muss vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden.[1]) Diese Frage wurde bejaht in einem Falle, in welchem der Schuldner ursprünglich allen Gläubigern das gleiche Anerbieten mit dem Zusatze gemacht hatte, die Wirksamkeit des Vergleiches solle von der Zustimmung aller Gläubiger abhängig sein.[2])

§ 169.

Zur Annahme des Vergleiches ist erforderlich, dass

1. die Mehrzahl der in dem Termine anwesenden stimmberechtigten Gläubiger dem Vergleiche ausdrücklich zustimmt, und
2. die Gesamtsumme der Forderungen der zustimmenden Gläubiger wenigstens drei Vierteile der Gesamtsumme aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt.

Wird nur eine der Mehrheiten erreicht, so kann der Gemeinschuldner bis zum Schlusse des Termines die einmalige Wiederholung der Abstimmung in einem neuen Termine verlangen. Das Gericht hat denselben zu bestimmen und im Termine zu verkünden.

(E. § 169; M. S. 414—416; K. S. 111; pr. K.-O. §§ 186—188.)

I. Die Berechnung der Mehrheit.

1) Bezüglich der Art der Beschlussfassung gilt im allgemeinen die Vorschrift des § 86. Mit Rücksicht auf die eingreifenden Wirkungen des Zwangsvergleiches wurde jedoch für die Abstimmung über denselben eine Erweiterung der Bestimmungen über die Stimmenmehrheit für notwendig gehalten. Das Zustandekommen des Zwangsvergleiches setzt sowohl ein Zusammentreffen der Summen- mit der Personenmehrheit als auch eine Erhöhung der absoluten Summenmehrheit voraus. Bei der Stimmenzählung wird auf Abwesende nur insoweit Rücksicht genommen, als in die Summenzahl auch die stimmfähigen Forderungen der abwesenden Gläubiger eingerechnet werden. Hinsichtlich der Personenzahl wird von dem Grundsatze des § 89 nicht abgewichen. Die Konkursordnung verlangt hienach zur Annahme des Vergleiches, dass über die Hälfte der zur Zeit der Abstimmung im Termine anwesenden oder vertretenen stimmberechtigten Gläubiger demselben zustimmt und dass die Summe ihrer Forderungen wenigstens drei Viertel von dem Gesamtbetrage aller stimmfähigen Forderungen ausmacht. (M. S. 416.) Es kommen demgemäss bei Berechnung der Summenmehrheit auch diejenigen stimmberechtigten Forderungen in Betracht, deren Inhaber weder in Person erschienen, noch durch einen Bevollmächtigten vertreten sind. Forderungen, für welche abgesonderte Befriedigung beansprucht wird, sind jedoch bei Festsetzung der Gesamtsumme

[1]) R.-G. (III.) 8. Febr. 1887, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 15, 16 und Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1131 ff.; O.-L.-G. Köln 30. Juni 1880, Justizzeit. 1881 S. 53; O.-L.-G. Colmar 15. Okt. 1887 und 9. Nov. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 13 S. 73 und Bd. 14 S. 170 ff.; O.-L.-G. Karlsruhe 5. Jan. 1888, bad. Ann. Bd. 54 S. 209. Vgl. auch Appellhof in Gent 10. Aug. 1883, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 18 ff.

[2]) O.-L.-G. Hamburg 25. Jan. 1887, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 280 ff.

lediglich mit dem Betrage des feststehenden oder mutmasslichen Ausfalles zu berücksichtigen, weil der Absonderungsberechtigte bloss für diesen Betrag am Zwangsvergleiche teilnimmt. Nur wenn ein solcher Gläubiger auf die abgesonderte Befriedigung, sei es auch bloss für den Fall des Zustandekommens ganz verzichtet hat, ist seine Forderung vollständig in Ansatz zu bringen.[1]) Dagegen sind bei Berechnung der Personenmehrheit alle diejenigen Gläubiger ausseracht zu lassen, welche weder selbst erschienen sind, noch einen Vertreter aufgestellt haben. Übrigens gilt hier wie nach § 89 der Grundsatz, dass nur die abgegebenen Stimmen in Betracht kommen, die Gläubiger, welche sich der Abstimmung enthalten, also ebenso zu behandeln sind, als ob sie nicht erschienen wären. (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff. S. 355.)[2]) Die Sache liegt in dieser Beziehung nicht anders als bei der Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien, bezüglich deren das Reichsgericht anerkannt hat, dass die Aktien, deren Inhaber zwar in der Generalversammlung anwesend waren, sich aber bei der Abstimmung nicht beteiligten, bei der Berechnung des in der Generalversammlung vertretenen Grundkapitals nicht zu berücksichtigen sind.[3])

2) Auf Verträge über die Ausübung des Stimmrechtes, welche zwischen einzelnen Gläubigern oder zwischen einem Gläubiger und dem Gemeinschuldner abgeschlossen werden und durch welche sich ein Gläubiger verpflichtet, seine Stimme in einer bestimmten Richtung abzugeben, ist keine Rücksicht zu nehmen. Die in der Gläubigerversammlung erfolgte Abstimmung ist allein massgebend für die Berechnung des Ergebnisses derselben. Es kommt deshalb nur darauf an, wie die Stimmen thatsächlich abgegeben wurden, nicht darauf, ob ein Gläubiger versprochen hatte, in anderem Sinne zu stimmen. Ein solcher Vertrag ist übrigens, da der einzelne Gläubiger sich bei der Abstimmung durch sein Interesse leiten lassen und über die Art und Weise, in welcher er seine Stimme abgeben will, frei verfügen darf, nicht ohne weiteres als nichtig anzusehen. Die Verletzung der übernommenen Verpflichtung kann deshalb unter Umständen einen Anspruch auf Schadenersatz begründen.[4]) Ganz ebenso liegt die Sache, wenn ein Gläubiger einen Bevollmächtigten aufgestellt und denselben angewiesen hatte, die Stimme in einem bestimmten Sinne abzugeben, dieser aber anders stimmte, oder wenn der Gläubiger, dem die Ausübung des mehreren Personen gemeinsam zustehenden Stimmrechtes (Bem. II. 2.) übertragen war, seinem Auftrage zuwiderhandelte. In allen diesen Fällen kommt es für die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches nur darauf an, wie derjenige, der zur Abstimmung bezw. Vertretung befugt ist, thatsächlich abgestimmt hat. Dagegen kann der Abstimmende zu Schadenersatz verpflichtet sein, wenn er einer übernommenen Verpflichtung zuwidergehandelt hat.

II. Stimmberechtigung.

1) Die Feststellung des Stimmrechtes erfolgt nicht in einem besondern Erörterungstermine, sondern in der gewöhnlichen Weise (Bem. 2 zu §§ 165 ff. S. 510). Absonderungsberechtigte sind, sofern ihre Forderungen als Konkursforderungen anzusehen sind, für den Betrag der Ausfallsforderung stimmberechtigt. (Vergl. ob. Bem. I. 1 und Bem. III. 1 und 7 zu §§ 85 ff. S. 356, 359.) Das Stimmrecht kann auch hier durch Vertreter ausgeübt werden. (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff. S. 355.) Wer zur Vertretung eines Gläubigers im Konkursver-

[1]) Vgl. Ldg. Bremen 12. Febr. 1884, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 172 ff.

[2]) Vgl. auch Endemann, Konkursverf. S. 589; Fitting S. 362 § 47 Text zu Anm. 22; v. Sarwey S. 788 Nr. 6 Bem. 3; Stieglitz S. 635; Willenbücher S. 210 Nr. 3 a; v. Wilmowski S. 427 Nr. 2. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 580 Nr. V, welcher annimmt, dass alle anwesenden Gläubiger bei der Berechnung der Mehrheit mitgezählt werden müssten.

[3]) Vgl. R.-G. (II.) 9. März 1888, Entsch. Bd. XX. S. 140 ff., ferner: Petersen und v. Pechmann, Kommentar zum Aktiengesetz S. 239, 240.

[4]) A. M. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 333 § 126 Anm. 10 und Kohler in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 319.

fahren überhaupt befugt ist, gilt nach § 77 der C.-P.-O., welcher hier entsprechende Anwendung finden muss, auf Grund seiner Vollmacht auch als ermächtigt zur Vertretung im Zwangsvergleichstermine, sofern dieser Vollmacht nicht eine besondere Beschränkung beigefügt worden ist.[1]) Wer mehrere Gläubiger vertritt, kann für diese in verschiedener Weise seine Stimme abgeben. Bei Aufstellung des Entwurfes wurde die Frage erwogen, ob man nicht die Ehefrau und die nächsten Verwandten des Gemeinschuldners sowie diejenigen, welche erst nach der Zahlungseinstellung sich haben Forderungen übertragen lassen, von der Berechtigung zum Mitstimmen ausschliessen solle, weil diese Personen in der Regel zum Nachteile der übrigen Gläubiger mit dem Gemeinschuldner gemeinschaftliche Sache machten und der Nachweis, dass eine unbegründete Forderung oder eine unstatthafte Abfindung vorliege, schwer zu erbringen sei. Es wurde aber hievon abgesehen, weil eine solche Vorschrift für die begründeten Forderungen eine Rechtsverweigerung enthalte und, soweit es sich um die Ausschliessung der Ehefrau und der Verwandten handle, leicht umgangen werden könne, während sich etwaigen Missbräuchen durch das Anfechtungsrecht und durch Strafbestimmungen, vor allem aber durch das richterliche Bestätigungsrecht begegnen lasse.

2) Das Verbot einer Teilung der Forderungen, durch welche die Zahl der stimmberechtigten Gläubiger vermehrt wird, wurde gleichfalls verworfen. In dieser Beziehung wurde in den Motiven (S. 317) hervorgehoben, dass zur Abwehr scheinbarer Teilübertragung das allgemeine bürgerliche Recht genüge, und sodann (S. 414, 415) bemerkt: „Freilich wenn es noch eine Forderung geblieben ist, die mehrere Personen zu bestimmten Teilen oder ungeteilt erworben haben, so können diese nur zusammen für eine Person gelten, und sie müssen sich untereinander über Ausübung des Stimmrechtes verständigen. Das folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (quia unum debitum est l. 9. pr. D. de pactis 2. 14). Nicht gerechtfertigt ist es aber, mehrere Gläubiger mit ihren getrennten selbständigen Forderungen für eine Person gelten zu lassen, weil die Beträge früher in einer Forderung vereinigt waren. In dieser Weise entkräftet die österreichische Konkursordnung (§ 217 Nr. 1) jede nach der Zahlungseinstellung geschehene Teilung, und die französische Jurisprudenz sucht die fixierende Wirkung an die Verifikation der Forderung zu knüpfen. (Rénouard Bd. II. S. 19, dagegen Dalloz, faillite Nr. 687.) Das eine ist so willkürlich wie das andere; die verschiedenen Gläubiger müssen ebenso als mehrere gelten, wie bei einer Vereinigung mehrerer Forderungen in einer Hand der Gläubiger nur als eine Person zählen kann.“ Die hier aufgestellte Regel ist unzweifelhaft richtig. Bezüglich der Ausnahme, welche vorliegen soll, wenn die Forderung, ungeachtet sie mehreren Personen, geteilt oder ungeteilt, zusteht, doch noch eine Forderung blieb, ist dagegen der Sinn der Motive, welche sich hier an die preussische Konkursordnung anschliessen,[2]) nicht ganz klar, da in der Regel, wenn eine Forderung geteilt wird, dadurch mehrere Forderungen entstehen. Im allgemeinen muss man den Grundsatz aufstellen, dass, wenn eine Forderung mehreren Personen zusteht und jede derselben ihren Anteil selbständig und unabhängig von den andern Teilhabern geltend machen kann, ebensoviel Gläubiger als Teilhaber vorhanden sind. Wenn aber diese Voraussetzung nicht vorliegt, sondern die Forderung, sei es wegen Unteilbarkeit derselben, sei es aus einem andern Grunde (z. B. bei Korreal- und Solidarobligationen), nur von sämtlichen Beteiligten gemeinschaftlich geltend gemacht und darüber verfügt werden kann, gelten diese zusammen nur als ein Gläubiger und müssen sich darüber einigen, wer das Stimmrecht auszuüben hat. Ob ein solches Verhältnis besteht, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Eine unteilbare Forderung wird übrigens im Konkursverfahren kaum vorkommen, da alle Forderungen nach § 62 in Geldforderungen umzuwandeln sind und da-

[1]) Vgl. Fitting S. 356 § 47 Anm. 1; Meisner S. 347; v. Sarwey S. 789 Nr. 6 Bem. 5; v. Völderndorff Bd. II. S. 577; Willenbücher S. 211 Nr. 4; v. Wilmowski S. 428 Nr. 3.

[2]) In § 186 Nr. 1 der preussischen Konkursordnung hiess es: „Steht eine Forderung mehreren Personen, geteilt oder ungeteilt, zu, so gelten sie zusammen nur für eine Person.“

durch teilbar werden. Kommt in einem Falle der erwähnten Art eine Einigung über die Abstimmung nicht zustande, so kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden.[1])

Wird eine Forderung, welche ein Stimmrecht gewährt, gepfändet und dem pfändenden Gläubiger nur zur Einziehung überwiesen, so steht dem letztern zwar das Recht zu, die Forderung im Konkursverfahren geltend zu machen und die mit derselben verbundene Stimmberechtigung in der Gläubigerversammlung auszuüben. Da die Überweisung zur Einziehung — abgesehen von der Frage der Widerruflichkeit — keine stärkere Wirkung hat als eine von dem Gläubiger selbst ausgegangene Ermächtigung zur Einziehung, übt der pfändende Gläubiger aber immerhin nur eine fremde Forderung, wenn auch in eigenem Namen aus. Auch muss er einen etwaigen Überschuss über den Betrag seiner eigenen Forderung an seinen Schuldner, der Subjekt der gepfändeten Forderung bleibt, herausgeben. Er ist deshalb zu einem teilweisen Nachlasse der Forderung für sich allein ebensowenig berechtigt wie sein Schuldner selbst, der durch die Pfändung in der Verfügung beschränkt worden ist. Der pfändende Gläubiger darf hiernach für den Zwangsvergleich nur dann stimmen, wenn sein Schuldner dazu seine Einwilligung giebt. Eine ohne diese Zustimmung für den Zwangsvergleich abgegebene Stimme muss ebenso als unwirksam angesehen werden wie diejenige eines Bevollmächtigten, dem die Befugnis zur Einwilligung zu einem Zwangsvergleiche ausdrücklich entzogen worden ist. Die Zustimmung des Schuldners muss mündlich im Termine gegeben werden, weil derselbe Konkursgläubiger ist und als solcher seine Erklärungen in der Gläubigerversammlung abzugeben hat. Dessen Erklärungen können jedoch durch einen Vertreter abgegeben, ja es kann der pfändende Gläubiger als Bevollmächtigter aufgestellt werden. Dem pfändenden Gläubiger und seinem Schuldner (dem Subjekt der Forderung) steht zusammen nur eine Stimme zu. Auch hier liegt sonach ein Fall vor, in welchem das Stimmrecht bezüglich einer Forderung von mehreren Personen gemeinsam auszuüben ist.[2]) Zweifelhaft ist die Frage, ob der pfändende Gläubiger auch dann einer Zustimmung des Schuldners bedarf, wenn er gegen den Zwangsvergleich stimmen will, weil er in diesem Falle nicht einen Nachlass bewilligt, sondern nur darauf besteht, dass die Forderung auf dem gewöhnlichen Wege befriedigt werde. Aber auch hier wird die Zustimmung verlangt werden müssen, weil der Zwangsvergleich eine im Gesetze vorgesehene Form der Erledigung des Konkursverfahrens bildet und dessen Ablehnung die Folge haben kann, dass der Gläubiger weniger erhält, als er bei dem Zustandekommen des Zwangsvergleiches erhalten würde. Zu einer solchen Schädigung seines Schuldners ist der Gläubiger, dem die Forderung zur Einziehung überlassen wurde, nicht befugt; vielmehr muss er diejenige Art der Einziehung wählen, welche als die vorteilhaftere erscheint. Da aber darüber verschiedene Meinungen bestehen können, muss das Stimmrecht von dem Gläubiger und seinem Schuldner gemeinsam ausgeübt werden.[3]) Wenn die Forderung zwar gepfändet, aber dem pfändenden Gläubiger nicht überwiesen worden ist, erscheint zwar dessen Schuldner an sich als berechtigt, das Stimmrecht im Termine auszuüben, da dem pfändenden Gläubiger die Befugnis zur Einziehung fehlt. Der Schuldner darf aber nicht über die Forderung verfügen, insbesondere dieselbe nicht einziehen. (§ 730 der C.-P.-O.) Überhaupt hat er die Interessen des Gläubigers zu wahren, dem an der Forderung ein Pfandrecht zusteht. Daraus ergiebt sich, dass auch in solchen Fällen das Stimmrecht

[1]) Vgl. Fuchs S. 146 Anm. 20; Meisner S. 348 lit. d; v. Sarwey S. 789 Nr. 6 Bem. 4; Stieglitz S. 636; Wengler S. 619; Willenbücher S. 211 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 427 Nr. 2. A. M. anscheinend Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 333 § 126 Anm. 11, der einen Mehrheitsbeschluss der Korrealgläubiger verlangt.

[2]) Vgl. Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 269 Anm. 11; Kohler in Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 199 ff. bes. S. 205 ff.; Willenbücher S. 211 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 427 Nr. 2; ferner Beschl. des bayer. obersten Landesg. vom 3. Febr. 1881, Samml. Bd. IX. S. 43 ff., Seuffert, Arch. Bd. 36 S. 370, Buschs Zeitschr. Bd. IV. S. 420 ff. bes. S. 424 ff.

[3]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 207 § 3. A. M. anscheinend Falkmann a. a. O. Text zu Anm. 11.

von dem pfändenden Gläubiger und dessen Schuldner (dem eigentlichen Forderungsberechtigten) gemeinsam ausgeübt werden muss.[1]) Die Sache liegt hier ebenso wie in denjenigen Fällen, in welchen der Gläubiger seine Forderung freiwillig verpfändet hat. Auch in solchen Fällen kann weder der Pfandberechtigte noch der verpfändende Schuldner für sich allein dem Zwangsvergleiche zustimmen oder denselben ablehnen.[2]) Nach dem Gesagten kann, wenn einer der beiden zur gemeinsamen Ausübung des Stimmrechtes Berechtigten in der Gläubigerversammlung nicht erscheint oder sich der Abstimmung enthält, das Stimmrecht nicht in wirksamer Weise ausgeübt werden. Ebenso verhält es sich aber, wenn dieselben sich nicht einigen können und deshalb ihre Stimmen in entgegengesetztem Sinne abgeben. Das Ergebnis ist das nämliche wie wenn sich beide der Abstimmung enthalten hätten. Bei Berechnung der Mehrheit sind diese Personen hiernach nicht mitzuzählen. (Vergl. Bem. I. 1. S. 515).

3) Ein Gläubiger, welcher den übrigen Gläubigern gegenüber für die Erfüllung des Zwangsvergleiches Bürgschaft übernahm, verliert dadurch, wie auch vom frühern preussischen Obertribunal entschieden wurde, sein Stimmrecht nicht.[3]) Dass ein Bevollmächtigter, der mehrere Gläubiger vertritt, für jeden derselben eine Stimme abzugeben hat, versteht sich von selbst, da kein Gläubiger dadurch sein Recht verlieren kann, dass er sich durch eine andere Person vertreten lässt. Dagegen steht demjenigen, der mehrere Forderungen, sei es auch von mehreren Gläubigern erworben hat, nur eine einzige Stimme zu. Alle in Frage stehenden Forderungen sind Forderungen des Erwerbers. Zwischen diesem Falle und demjenigen, in welchem der Gläubiger durch verschiedene Rechtsgeschäfte, z. B. Verkäufe oder Darlehen, nacheinander mehrere Forderungen erworben hat, besteht ein Unterschied nicht. Es ist also nur ein Gläubiger vorhanden.[4])

III. Gegenstand der Abstimmung.

Enthält der Vergleichsvorschlag mehrere selbständige Bestimmungen, so kann über dieselben getrennt abgestimmt werden; jedoch sind, wenn dies geschieht, die angenommenen Vorschläge nochmals im ganzen zur Abstimmung zu bringen. Werden einzelne Vorschläge angenommen andere aber abgelehnt, so kann der Zwangsvergleich nur dann als abgeschlossen gelten, wenn der Gemeinschuldner und die etwa für ihn eingetretenen Dritten in den Wegfall der abgelehnten Vorschläge einwilligen. Die Abstimmung über die einzelnen Bestimmungen gewährt den Vorteil, dass der Gemeinschuldner dadurch Gelegenheit erhält, seine Vorschläge im einzelnen zugunsten der Gläubiger zu ändern, indem er einen Teil der Bedingungen ganz fallen lässt oder durch andere ersetzt. Gegenstand der Schlussabstimmung ist immer der Vorschlag des Gemeinschuldners in derjenigen Gestalt, welche ihm derselbe zuletzt gegeben hat.[5]) Auch bei der Abstimmung über die einzelnen Vorschläge ist, damit dieselbe dem Gemeinschuldner eine zuverlässige Grundlage für die Beurteilung des mutmasslichen Ergebnisses der Schlussabstimmung gewährt, die Mehrheit nach § 169 zu berechnen. Die absolute Mehrheit der Stimmen genügt auch hier nicht, damit der Vorschlag als angenommen gilt, wenn diese Mehrheit nicht $^3/_4$ der Gesamtsumme der Forderungen vertritt. Auch hat der Gemeinschuldner, da es sich bei der Abstimmung immerhin um den Zwangsvergleich handelt, sonach § 169 zutrifft, ein Recht darauf, dass das Ergebnis der Abstimmung, das für sein weiteres Verhalten massgebend sein kann, festgestellt wird.[6])

[1]) Vgl. Falkmann a. a. O. S. 269 Text zu Anm. 11.

[2]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 205, 206.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 589; v. Sarwey S. 790 Nr. 6 Bem. 6; Stieglitz S. 635 Anm. d a. E.; v. Völderndorff Bd. II. S. 579; Wengler S. 620 Nr. 3; Willenbücher S. 211 Nr. 3; v. Wilmowski S. 427 Nr. 2.

[4]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 588; Fuchs S. 146; v. Sarwey S. 790 Nr. 6 Bem. 4; Stieglitz S. 635; Wengler S. 619; Willenbücher S. 211 Nr. 3d; v. Wilmowski S. 427 Nr. 2.

[5]) Vgl. Fitting S. 361 § 47 Anm. 21; v. Völderndorff Bd. II. S. 563.

[6]) A. M. Fitting S. 361 § 47 Anm. 19; v. Völderndorff Bd. II. S. 563 Anm. 12.

Wenn anders verfahren und dann der Vorschlag des Gemeinschuldners bei der Schlussabstimmung angenommen wird, ist aber der Zwangsvergleich immerhin abgeschlossen. Es kommt dann auf das Ergebnis der frühern Abstimmungen ebensowenig an wie in denjenigen Fällen, in welchen die einzelnen Vorschläge abgelehnt wurden, die Schlussabstimmung aber zur Annahme geführt hat.

IV. Ergebnis der Abstimmung.

Wird keine der erforderlichen Mehrheiten erzielt, so ist der Vergleichsvorschlag abgelehnt und es kommt, wenn derselbe wiederholt wird, § 163 zur Anwendung. Dagegen ist dieser Vorschlag, wenn entweder die Personenmehrheit oder die Summenmehrheit erreicht wird, nach Abs. 2 des § nur dann endgültig erledigt, wenn sich der Gemeinschuldner dabei beruhigt. Geschieht dies nicht, sondern verlangt derselbe eine nochmalige Abstimmung in einem neuen Termine, so muss ihm dies gestattet werden. Gegen die Verweigerung eines neuen Termines ist Beschwerde zulässig. In diesem Termine kann der Gemeinschuldner auch andere Vorschläge machen. Der Antrag des Gemeinschuldners und die Verkündung des neuen Termines müssen vor dem Schlusse des Vergleichstermines erfolgen. Für den neuen Termin gelten alle für den ersten gegebenen Vorschriften; die Verhandlung ist in allen Teilen zu wiederholen; die frühern Erklärungen haben an sich keine Wirkung. (M. S. 416.) Eine öffentliche Bekanntmachung des neuen Termines ist, da die Verkündung dieselbe ersetzen soll, ausserdem aber § 85 Abs. 2 zur Anwendung kommt, nicht erforderlich.[1]) Daraus, dass eine neue Bekanntmachung nicht erforderlich ist, ergiebt sich, was auch schon aus der Natur der Sache zu entnehmen ist, dass der Gemeinschuldner seine Vorschläge nur in einer solchen Weise abändern kann, welche für die Gläubiger günstiger ist als der frühere Vorschlag. Übrigens brauchen die Abänderungen nicht sofort vorgeschlagen zu werden, sondern können noch im neuen Termine erfolgen. (Bem. 2 zu § 161.)

§ 170.

Der angenommene Zwangsvergleich bedarf der Bestätigung des Konkursgerichtes.

Das Gericht entscheidet, nachdem es die Gläubiger, den Verwalter und den Gläubigerausschuss in dem Vergleichstermine oder einem zu verkündenden Termine gehört hat.

§ 171.

Der Beschluss, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen wird, ist zu verkünden.

§ 172.

Der Vergleich ist zu verwerfen:

1. wenn die für das Verfahren und den Abschluss des Ver-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 590, 599; Fitting S. 363 § 47 Anm. 27; König S. 92; Meves S. 177; v. Sarwey S. 790 Nr. 5; Stieglitz S. 637; v. Völderndorff Bd. II. S. 584 lit. l; Wengler S. 620 Nr. 4; Willenbücher S. 211 Nr. 5c; v. Wilmowski S. 429 Nr. 7.

gleiches gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind und das Fehlende nicht ergänzt werden kann;

2. wenn ein Fall der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleiches nachträglich eingetreten ist.

§ 173.

Der Vergleich ist auf Antrag eines nicht bevorrechtigten Konkursgläubigers, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht, zu verwerfen:

1. wenn der Vergleich durch Begünstigung eines Gläubigers oder sonst in unlauterer Weise zustande gebracht ist;
2. wenn der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger widerspricht.

Der Antrag ist nur zuzulassen, wenn die Thatsachen, auf welche derselbe gegründet wird, glaubhaft gemacht werden.

§ 174.

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss, durch welchen der Vergleich bestätigt oder verworfen ist, steht dem Gemeinschuldner und jedem nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger zu, welcher stimmberechtigt war oder seine Forderung glaubhaft macht.

Die Frist zur Einlegung der Beschwerde beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Eine Anfechtung der Entscheidung des Beschwerdegerichtes findet nicht statt.

(E. §§ 170—174; M. S. 416—421; K. S. 112—114, 184—186; pr. K.-O. §§ 190—196.)

I. Allgemeiner Grundsatz. Vorschriften über die Entscheidung und über deren Verkündung. (§§ 170, 171.)

1) Der von den Gläubigern angenommene Vergleich bedarf, um rechtliche Wirkungen zu haben, der Bestätigung durch das Gericht. (Vorbem. 2 zu §§ 160 ff.) Jedoch kann diese nur unter bestimmten, in den §§ 172 und 173 aufgezählten Voraussetzungen versagt werden. (Bem. II. S. 523 ff.) Das auf die Bestätigung bezügliche Verfahren bildet, da in allen Fällen die erforderliche Prüfung stattzufinden hat, einen regelmässigen Bestandteil des Zwangsvergleichsverfahrens und macht ein besonderes Einspruchsverfahren überflüssig. Nach allen Richtungen, in welchen die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches in Frage gestellt werden kann, mag es sich um die Beobachtung der Förmlichkeiten oder um die Wahrung der Interessen der Gläubiger handeln, hat das Konkursgericht zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Bestätigung vorliegen, und wenn dies der Fall ist, dieselbe zu erteilen, andernfalls den Vergleich zu verwerfen.

2) Die Entscheidung soll womöglich in dem Vergleichstermine selbst erfolgen. Einer Aussetzung der Entscheidung oder einer Frist für die Gläubiger zur Geltendmachung etwaigen Widerspruches (preuss. K.-O. § 191) wird es auch in der Regel nicht bedürfen. Vielmehr wird die Vorbereitung vor dem Vergleichstermine meist genügen. Das Gericht soll jedoch für Ausnahmefälle, z. B. für den Fall, dass die Art des Zustandekommens des Vergleiches Bedenken oder Widerspruch erregt, befugt sein, sowohl zur Verkündung der Entscheidung als auch zur Verhandlung über die Bestätigung einen besondern Termin anzusetzen. Dieser Termin ist dann in dem Vergleichstermine zu verkünden, eine weitere Bekanntmachung ist entbehrlich. (M. S. 417.) Ein Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung des Vergleiches braucht in der Regel nicht gestellt zu werden; nur in den Fällen des § 173 ist ein solcher erforderlich, weil der Richter die dort vorgesehenen Verwerfungsgründe nicht von Amts wegen berücksichtigen darf. Im übrigen muss die Bestätigung, wenn ein Verwerfungsgrund nicht vorliegt, auch ohne Antrag erteilt werden; die Verwerfung hat in den Fällen des § 172 von Amts wegen zu erfolgen. In allen Fällen — nicht bloss in denen des § 173 — ist ein etwa gestellter Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleiches zu begründen, damit die übrigen Beteiligten sich über die Verwerfungsgründe aussprechen können. Dass die Anhörung der Beteiligten mündlich in einem Termine erfolgen muss, war im Entwurfe nicht so bestimmt wie in den Motiven ausgedrückt. Um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, wurde die jetzige Fassung des § 170 Abs. 2 beschlossen. (K. S. 184—188.) Schriftliche Anträge und Erklärungen der Beteiligten, welche zwischen dem Vergleichstermine und dem besondern Termine bei Gericht eingereicht werden, sind, obgleich dieselben in der Reichstagskommission für bedenklich erklärt wurden, weil sie möglicherweise nicht zur Kenntnis der übrigen Beteiligten kämen, nicht als ausgeschlossen anzusehen. Der Inhalt derselben kann jedoch nicht berücksichtigt werden, wenn er nicht im Termine selbst von einem der Beteiligten geltend gemacht und vertreten worden ist. In diesem Sinne äusserten sich in der Reichstagskommission auch v. Sarwey und Hagens, welcher letztere insbesondere erklärte, auf Grund eines schriftlich gestellten Verwerfungsantrages (§ 173) könne, wenn die in Frage stehenden Thatsachen glaubhaft gemacht würden, eine Verhandlung anberaumt werden, diese selbst aber müsse mündlich sein. (K. S. 185.)[1]) Die Verhandlung über die Bestätigung ist von der Verhandlung über die Annahme des Vergleiches zu trennen, wenn sie sich auch meist unmittelbar an dieselbe anschliessen wird. An derselben können auch Gläubiger teilnehmen, welche bei der Beschlussfassung über den Zwangsvergleich nicht mitwirkten, ja gar nicht mitwirken durften. (Bem. II. 3.) Für die Verhandlung selbst gelten dieselben Grundsätze, welche bezüglich der gewöhnlichen Gläubigerversammlungen massgebend sind. (Bem. 1 und 2 zu § 65.) Eine besondere Gebühr wird für den Gerichtsbeschluss nicht erhoben. (§§ 51—58 G.-K.-G.)

3) Der Beschluss des Gerichtes ist im Termine zu verkünden. (§ 294 Abs. 1 C.-P.-O.) Die betreffenden Worte des Entwurfes (§ 171) wurden von der Reichstagskommission nur mit Rücksicht auf die dem § 170 gegebene Fassung gestrichen. Da die Bestätigung und die Verwerfung des Vergleiches nicht in einem Urteile, sondern in einem Beschlusse erfolgen, kommt § 284 der C.-P.-O. hier nicht zur Anwendung und ist sonach die Beifügung von Entscheidungsgründen ebensowenig als eine Darstellung des Sach- und Streitstandes gesetzlich vorgeschrieben. Es ist jedoch zweckmässig und mit Rücksicht auf die den Beteiligten zustehende Beschwerde (Bem. III.) geboten, dass die Gründe, welche eine Verwerfung oder ungeachtet des Antrages auf eine solche eine Bestätigung rechtfertigen, kurz angegeben werden.[2]) Da die Beschwerdefrist von der Verkündung des Be-

[1]) Vgl. Fitting S. 366 § 48 Anm. 10; v. Sarwey S. 791 Nr. 2; Stieglitz S. 637, 638; Willenbücher S. 212 Nr. 2; v. Wilmowski S. 430 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 586.

[2]) So auch Endemann, Konkursverf. S. 601; Fitting S. 367 § 48 Anm. 14; v. Sarwey S. 793 Nr. 2; Stieglitz S. 639 Anm. a; Willenbücher S. 212 Nr. 3. Vgl. dagegen: Hullmann S. 320; Meves S. 178; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 130; v. Völderndorff Bd. II. S. 588, 589; Wengler S. 624; v. Wilmowski S. 431 Nr. 3.

schlusses an läuft, ist es auch angemessen, dass schon bei dieser die Begründung im wesentlichen mitgeteilt wird. Notwendig ist dies aber nicht, da selbst bei der Verkündung von Urteilen die Mitteilung der Urteilsformel genügt. (§ 282 C.-P.-O.)[1]) Neben der Verkündung ist eine besondere Zustellung des Beschlusses an die Beteiligten sowenig erforderlich als eine öffentliche Bekanntmachung. Wäre eine besondere Zustellung notwendig, so würde § 171 keinen Zweck haben. (Vergl. Bem. II. 2 zu § 66 S. 313.)[2])

II. Gründe, aus welchen die Verwerfung des Zwangsvergleiches zu erfolgen hat. (§§ 172, 173.)

1. *Allgemeine Bemerkungen.*

Hat der Vergleichsvorschlag nicht die beiden in § 169 vorgesehenen Mehrheiten erlangt, so ist, falls nicht Abs. 2 dieses § Anwendung zu finden hat, durch Beschluss auszusprechen, dass das Konkursverfahren seinen weitern Fortgang zu nehmen habe. Von einer Verwerfung des Zwangsvergleiches durch das Gericht kann, da ein solcher gar nicht zustande gekommen, sondern das Vergleichsverfahren ohne Ergebnis geblieben ist, nicht die Rede sein. Eine etwaige Anordnung des Gerichtes, durch welche die weitere Verwertung der Masse eingestellt worden war, verliert durch die Ablehnung des Vergleichsvorschlages ihre Bedeutung und ist durch Beschluss aufzuheben. Wenn die Voraussetzungen der §§ 172 oder 173 vorliegen, so muss der Zwangsvergleich vom Gerichte verworfen werden. Diese §§ unterscheiden sich aber dadurch voneinander, dass die Verwerfung von Amts wegen auszusprechen ist, wenn einer der im § 172 aufgezählten Mängel vorliegt, während bezüglich der im § 173 Z. 1 und 2 genannten Mängel die Verwerfung von einem Konkursgläubiger beantragt werden muss. Kann weder § 172 noch § 173 zur Anwendung kommen, so ist der Vergleich zu bestätigen, ohne dass es hiezu eines besondern Antrages bedarf. In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt die Anfrage, ob das Gericht auch aus andern als den in den §§ 172, 173 angeführten Gründen die Bestätigung versagen dürfe, worauf Hagens, ohne Widerspruch zu erfahren, bemerkte: „Die Vorschriften in den §§ 172 und 173 seien exklusiv; wenn keiner der angeführten Gründe vorliege, müsse bestätigt werden. Allerdings seien die Vorschriften des § 173 hinreichend weit, um das Gericht zu befähigen, mittelbar auch andere, für die Beantwortung der beiden exklusiven Fragen wesentliche Momente in Betracht ziehen zu können. So könne z. B. bei der Prüfung, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse aller Konkursgläubiger entspreche, das frühere oder jetzige, wenig Vertrauen einflössende Betragen des Gemeinschuldners oder der Umstand thatsächlich ins Gewicht fallen, dass der Vergleich nur von einer äusserst geringen Mehrheit angenommen worden sei.“ (K. S. 112). Diese Auffassung entspricht auch der Vertragsnatur des Zwangsvergleiches (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff.), welche unzweifelhaft bei Aufstellung der einzelnen Vorschriften vorschwebte. Abgesehen davon ergiebt sich dieselbe aus dem Wesen der Bestätigung. Diese ist nichts anderes als Feststellung oder Anerkennung der Gesetzmässigkeit eines Vorganges (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff.) und kann deshalb nur aus den im Gesetze ausdrücklich vorgesehenen Gründen versagt werden.

Während in den §§ 175 ff. die Wirkungen des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches geregelt sind und § 169 Abs. 2 den Fall vorsieht, dass der Vergleichsvorschlag von der Gläubigerversammlung abgelehnt wird, ist nirgends ausdrücklich bestimmt, was zu geschehen hat, wenn der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners zwar von der Gläubiger-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 601; v. Völderndorff Bd. II. S. 588, 589. A. M. v. Wilmowski S. 431 Nr. 3.

[2]) Vgl. Fitting S. 367 § 48 Anm. 14; Meves S. 178; v. Sarwey S. 793; Stieglitz S. 639; v. Völderndorff Bd. II. S. 588; Willenbücher S. 212; v. Wilmowski S. 431 Nr. 3. A. M. Hullmann § 171 Nr. 2; Meisner S. 355 lit. i und Wengler S. 624.

versammlung angenommen wurde, das Gericht aber die Bestätigung versagt hat. Die Natur der Sache spricht dafür, dass diese Verwerfung des Zwangsvergleiches einem neuen Vergleichsvorschlag ebensowenig im Wege steht wie die Ablehnung eines frühern Vorschlages. Auch ergiebt sich aus den §§ 162, 163 mit Bestimmtheit, dass regelmässig ein neuer Vergleichsvorschlag zulässig ist, und zwar gleichviel ob die Verwerfung in einem Mangel des Verfahrens oder in dem Inhalt des Zwangsvergleiches oder in einem Umstande ihren Grund hatte, welcher den Zwangsvergleich als gesetzlich unzulässig erscheinen lässt. In den letztern Fällen (§ 162 Z. 1—3) ist ein neuer Vergleichsvorschlag übrigens nur dann statthaft, wenn der Grund, welcher den Zwangsvergleich ausschliesst, durch Rückkehr des Gemeinschuldners, Leistung des Offenbarungseides, Aufhebung des Strafverfahrens oder Freisprechung weggefallen ist. In den Fällen des § 162 Z. 3 kann der Vergleichsvorschlag nur dann wiederholt werden, wenn das Strafverfahren wieder aufgenommen und die Verurteilung beseitigt worden ist. (§§ 399 ff. der Str.-P.-O.) Eine vorläufige Einstellung des Strafverfahrens, welche eintritt, wenn der Angeklagte nach Eröffnung des Hauptverfahrens in Geisteskrankheit verfällt oder durch seine Entfernung die Hauptverhandlung verhindert (§ 203 Str.-P.-O.), beseitigt das in § 162 Z. 2 vorgesehene Hindernis nicht, weil dadurch dem Eröffnungsbeschlusse seine Wirkung nicht entzogen wird. Nach § 163 kann übrigens das Gericht auf Antrag den neuen Vergleichsvorschlag immer zurückweisen, wenn bereits ein solcher vom Gerichte verworfen worden ist. Solange ein neuer Vergleichsvorschlag nicht eingereicht worden ist, nimmt unter allen Umständen die Verwertung der Masse ihren ungehinderten Fortgang.

2. *Verwerfungsgründe, welche von Amts wegen zu berücksichtigen sind.* (§ 172.)

Das Gericht muss die Verwerfung auch ohne Antrag aussprechen, wenn das vorhergegangene Verfahren oder der Vergleich selbst an wesentlichen und unheilbaren Mängeln leidet (§ 172 Z. 1), oder wenn einer der in § 162 vorgesehenen Fälle der Unzulässigkeit eines Zwangsvergleiches nachträglich eingetreten ist. Wird ein Unzulässigkeitsgrund, welcher vor Abschluss des Zwangsvergleiches eingetreten, aber unbekannt geblieben war, nachträglich bekannt, so leidet der Zwangsvergleich immerhin an einem wesentlichen Mangel. Es trifft sonach § 172 Z. 1 zu. Solche Mängel muss das Gericht von Amts wegen berücksichtigen. Selbst ein Verzicht der auftretenden Parteien kann dieselben nicht heilen. Das Gericht kann entweder die Ergänzung des Fehlenden anordnen oder die Verhandlung aussetzen oder die Verwerfung aussprechen. Inwieweit im ersten Falle die nicht beobachteten Vorschriften als wesentlich anzusehen sind und die Verwerfung bedingen, ist dem Ermessen des Gerichtes überlassen. (M. S. 418). Eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren und den Abschluss des Vergleiches liegt insbesondere dann vor, wenn den Bestimmungen des § 160 über den Zeitraum, innerhalb dessen der Zwangsvergleich abgeschlossen werden kann, zuwidergehandelt worden ist, oder wenn bezüglich der Ansetzung oder der öffentlichen Bekanntmachung des Vergleichstermines (§ 166) oder der Erklärung des Gläubigerausschusses oder der Niederlegung des Vergleichsvorschlages und dieser Erklärung (§§ 164, 165) etwas versehen wurde. Von einzelnen Schriftstellern wird zwar anscheinend angenommen, nur die Verletzung des § 165 bilde einen Verwerfungsgrund.[1]) Wenn aber schon die Unterlassung der Niederlegung des Gutachtens auf der Gerichtsschreiberei die Verwerfung des Zwangsvergleiches rechtfertigt, muss die Nichteinholung desselben die gleiche Wirkung haben. In beiden Fällen ist den Gläubigern ein Mittel entzogen worden, sich auf den Vergleichstermin vorzubereiten.[2]) Die Bestätigung ist auch dann zu versagen, wenn dem Vergleiche in einzelnen Beziehungen die Zustimmung des

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 795; v. Völderndorff Bd. II. S. 591.

[2]) Vgl. Fitting S. 364 § 48 Anm. 3; Stieglitz S. 640; Willenbücher S. 212 Nr. 2; v. Wilmowski S. 431; Ldg. Zwickau 16. Okt. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. V. S. 661.

Gemeinschuldners fehlt oder der Vergleichsvorschlag im Vergleichstermine in unzulässiger Weise zu ungunsten der Gläubiger abgeändert wurde. (Bem. 2 zu § 161.) Ist gegen die Vorschrift des § 170 Abs. 2 verstossen worden, so kann der Richter diesen Mangel noch nachträglich heilen, indem er die Beteiligten hört. Selbst in der Beschwerdeinstanz kann die Ergänzung des Verfahrens angeordnet werden. Stellt sich in dieser heraus, dass dem § 170 Abs. 2 zuwidergehandelt wurde, so ist allerdings der bestätigende Beschluss mit Unrecht erfolgt. Aber daraus folgt nicht, dass das Beschwerdegericht den Zwangsvergleich verwerfen muss. Vielmehr kann dasselbe die unterlassene Anhörung anordnen und dann darüber entscheiden, ob die Bestätigung geboten ist. Eine Verletzung der Vorschriften über das Verfahren liegt ferner vor, wenn sich hinsichtlich der Stimmberechtigung der bei dem Vergleiche mitwirkenden Gläubiger oder der Vertretungsbefugnis von Bevollmächtigten Bedenken ergeben und hienach die erforderliche Mehrheit nicht vorhanden ist. Auf diese letztern Fälle bezieht sich insbesondere die Vorschrift, nach welcher von der Verwerfung abzusehen ist, wenn das Fehlende ergänzt werden kann. Es ist hienach die Bestätigung zu erteilen, wenn der fehlende Nachweis bezw. die Vollmacht nachgebracht oder vervollständigt wurde. Die Abstimmung selbst kann dagegen nur nachgeholt werden, wenn § 169 Abs. 2 zutrifft, deshalb lässt sich das Ergebnis weder durch nachträgliche Übertragung einer Forderung noch dadurch ändern, dass ein Gläubiger erklärt, in anderem Sinne stimmen zu wollen. Auch die Bestimmungen des § 168 gehören zu den Vorschriften über den Abschluss des Vergleiches. Dieser ist sonach von Amts wegen zu verwerfen, wenn sich aus dem Vergleiche selbst eine ungleiche Behandlung der Gläubiger ergiebt und die zurückgesetzten Gläubiger den sie benachteiligenden Bestimmungen nicht ausdrücklich zugestimmt haben, oder deren Zustimmung auch nachträglich nicht erlangt werden kann. Wenn die Bestimmungen des Vergleiches eine formelle Gleichstellung der einzelnen Gläubiger ergeben, ist das Gericht aber nicht verpflichtet, von Amts wegen zu untersuchen, ob nicht versteckte Begünstigung oder mittelbare Benachteiligung eines Gläubigers vorliegt. Vielmehr ist es in solchen Fällen Sache der Gläubiger, nach § 173 die Verwerfung des Vergleiches zu beantragen.[1]) Ist über einen nach Ablehnung oder Zurücknahme wiederholten Vergleichsvorschlag abgestimmt worden, ohne dass die in § 163 vorgesehene Prüfung des Antrages auf Zurückweisung stattgefunden hat, so liegt zwar ein Mangel des Verfahrens vor. Dieser ist aber durch die Annahme des Vergleichsvorschlages seitens der Gläubigerversammlung geheilt worden. Eine Nachholung der Prüfung würde hier gegenstandslos sein.[2])

3. Verwerfungsgründe, welche nur auf Antrag berücksichtigt werden dürfen. (§ 173.)

a. Nach § 173 kann die Verwerfung, soweit § 172 nicht zur Anwendung kommt, „aus andern sachlichen, dem Abschlusse oder Inhalte des Vergleiches entnommenen Gründen“ nur insoweit erfolgen, als darauf ein Antrag gestellt und begründet worden ist. Der in Abs. 1 Z. 1 aufgestellte Verwerfungsgrund bezieht sich auf das Zustandekommen des Vergleiches und soll nicht bloss die Begünstigung und den Fall des Betruges, sondern jede Einwirkung auf die Gläubiger umfassen, welche mit dem Sittengesetze im Widerspruche steht, ohne dass hiebei eine wirkliche Rechtsverletzung vorausgesetzt wird. Insbesondere kann das Stimmkaufen oder Auskaufen eines Gläubigers unter diesen Gesichtspunkt fallen. (M. S. 418.) Von wem die Begünstigung ausging, oder welche Person den Vergleich in unlauterer Weise zustande brachte, ist gleichgültig. Es genügt, dass unter den vorliegenden Umständen ein Zwang gegen die überstimmten Gläubiger als ungerechtfertigt erscheint. Ist die Begün-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 795, 796; v. Völderndorff Bd. II. S. 591. A. M. Meisner S. 354 Anm. 7, nach dessen Ansicht das Gericht überhaupt nicht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Vorschrift des § 168 beobachtet worden ist.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 641.

stigung in der Weise gewährt worden, dass nur bekannte Gläubiger als benachteiligt erscheinen, und haben diese ihre Zustimmung zu der ungleichen Behandlung gegeben, so können sie nicht lediglich aus dem Grunde, weil sie benachteiligt worden sind, nachträglich die Verwerfung des Zwangsvergleiches beantragen. § 173 Z. 1 trifft in diesem Falle nicht ohne weiteres zu, weil die Begünstigung der Gläubiger zufolge ihrer Genehmigung als eine zulässige erscheint und aus der blossen Thatsache der Begünstigung nicht folgt, dass der Vergleich in unlauterer Weise zustande gebracht worden ist. Wenn sich bei der Prüfung ergiebt, dass der Zwangsvergleich lediglich durch Begünstigungen, überhaupt in unlauterer Weise zustande gebracht wurde, kann jedoch § 173 Z. 1 zur Anwendung kommen, obgleich der Gläubiger, welcher die Verwerfung beantragt, der Begünstigung zugestimmt hat, sonach dem § 168 nicht zuwidergehandelt wurde und deshalb § 172 nicht Anwendung finden könnte. Der Thatbestand des § 173 ist ein anderer als der in den erwähnten Bestimmungen vorgesehene, und der Umstand, dass ein Gläubiger der Begünstigung zugestimmt hat, schliesst seine Befugnis zur Antragstellung in den Fällen des § 173 Z. 1 ebensowenig aus als in denjenigen der Z. 2. Es kommt immer nur darauf an, ob sachlich die Voraussetzungen des § 173 gegeben sind.[1])

Der Verwerfungsgrund der Z. 2 ist auf den Fall beschränkt, dass der Zwangsvergleich dem gleichen gemeinschaftlichen Interesse aller widersprechen würde. Jedoch lässt die Z. 2 die Verwerfung unbeschränkt auf Grund aller Thatsachen (M. S. 418, 419) zu, aus welchen eine Benachteiligung der Gläubiger zu entnehmen ist. Die preussische Konkursordnung hatte in § 293 Z. 2 den Fall, dass der Gemeinschuldner schon früher einmal in Konkurs gewesen sei und den Mangel eines Verschuldens bezüglich des neuen Konkurses nicht nachweisen könne, besonders hervorgehoben und weiter vorgeschrieben, eine Benachteiligung der Gläubiger sei in der Regel anzunehmen, wenn der Vergleich überwiegend durch die Stimmen solcher Gläubiger, denen noch andere Personen hafteten, oder von Verwandten des Gemeinschuldners u. s. w. zustande gekommen sei. Von derartigen Vorschriften wurde jedoch abgesehen, weil es sich hiebei nur um Beispiele handle, deren Bedeutung dem Richter ohnedies nicht entgehen werde. Die Frage, ob der Vergleich dem gemeinsamen Interesse der nicht bevorrechtigten Gläubiger entspricht, ist vom Gerichte nach freiem pflichtmässigem Ermessen unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Eine Verletzung des Interesses der Gläubiger würde jedenfalls vorliegen, wenn denselben ein Verzicht auf die ganze Forderung zugemutet werden sollte. Im übrigen kommt es darauf an, ob dasjenige, was die Gläubiger erhalten, in richtigem Verhältnisse steht zu dem, was sie bei einer Durchführung des Konkursverfahrens zu erwarten hätten. Hiebei ist zu beachten, ob die Erfüllung des Vergleiches unbedingt gesichert ist, und zu berücksichtigen, dass die Gläubiger durch den Zwangsvergleich das Recht der Nachforderung gegen den Gemeinschuldner verlieren, das ihnen bei einer anderweitigen Beendigung des Verfahrens erhalten bleibt. (§ 152.) Die Art und Weise, in welcher der Vergleich zustande gekommen ist, insbesondere der Umstand, dass ein Bevollmächtigter gegen seinen Auftrag für den Vergleich gestimmt hat, ist für die Anwendung der Z. 2 ohne Bedeutung. Ebenso ist nicht entscheidend, dass der Zwangsvergleich überwiegend durch die Stimmen von Angehörigen des Gemeinschuldners zustande gebracht worden ist, denn derselbe kann deshalb doch den Interessen der übrigen Gläubiger entsprechen. Die entgegengesetzte Auffassung ist umsoweniger gerechtfertigt, als es bei Aufstellung der Konkursordnung absichtlich vermieden wurde, den Verwandten das Stimmrecht zu entziehen. (Bem. II. 1 zu § 169 S. 517.)[2]) Durch eine solche Abstimmung kann vielmehr die Verwerfung nur insofern gerechtfertigt werden, als sich daraus ergiebt, dass der Vergleich in unlauterer Weise zustande gebracht worden ist.[3])

[1]) Vgl. Fitting S. 365 § 48 Anm. 5; v. Sarwey S. 797 Nr. 2 und anscheinend auch Stieglitz S. 643 sowie v. Völderndorff Bd. II. S. 594.

[2]) Vgl. Ldg. Dresden 23. Mai 1883, Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 494.

[3]) Vgl. preuss. Obertribunal 29. Juni 1858, Entscheid. Bd. 40 S. 390.

Die Unwürdigkeit des Gemeinschuldners rechtfertigt an sich die Verwerfung des Vergleiches nicht. Es kann jedoch dessen Vorleben insoweit in Betracht kommen, als sich daraus der Schluss ziehen lässt, dass auf eine Erfüllung des Vergleiches nicht gerechnet werden könne. (Vgl. Bem. II. 1.)

b. Der erforderliche Antrag muss mündlich im Vergleichstermine bezw. in dem gemäss § 170 Abs. 2 zu verkündenden neuen Termine gestellt werden. Ist derselbe schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt worden, so ist eine mündliche Wiederholung desselben im Termine geboten. Der Antrag muss spätestens bis zur Verkündung des Beschlusses gestellt werden. Ist dies unterlassen und der Zwangsvergleich deshalb bestätigt worden, so kann der Antrag nicht in der Beschwerdeinstanz nachgeholt werden. Die Entscheidung des Konkursrichters ist in diesem Falle gerechtfertigt, da derselbe den Zwangsvergleich nicht von Amts wegen verwerfen durfte. Die Beschwerde ist sonach unbegründet. Auf § 533 der C.-P.-O. kann die entgegengesetzte Ansicht nicht gestützt werden, weil dieser nur die Nachholung neuer Thatsachen und Beweise gestattet, hier aber ein versäumter Antrag, der allein die Verwerfung des Zwangsvergleiches möglich gemacht hätte, nachgeholt werden soll.[1]) Ist der Antrag auf Verwerfung von einem hiezu berechtigten Gläubiger gestellt worden, so kann nach § 174 allerdings auch ein anderer Gläubiger gegen den bestätigenden Beschluss Beschwerde einlegen und sich auf den gestellten Antrag berufen. Ebenso kann das Beschwerdegericht, obgleich es an einem Antrage fehlt, den bestätigenden Beschluss aufheben, wenn einer der in § 172 aufgezählten Verwerfungsgründe vorliegt, der Zwangsvergleich sonach hätte verworfen werden sollen.[2]) In diesen Fällen steht aber auch nicht die Nachholung eines versäumten bezw. verspäteten Antrages in Frage. Zur Antragstellung sind nur solche Gläubiger berechtigt, denen ein Vorrecht nicht zusteht, welche also durch den Zwangsvergleich berührt werden. Dagegen wird nicht vorausgesetzt, dass der Antragsteller bei der Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung mitgewirkt hat. Es genügt vielmehr, dass seine Stimmberechtigung bezüglich dieser Versammlung bereits früher festgestellt war, oder dass er seine Forderung glaubhaft macht. (§ 266 C.-P.-O.) Dass ein Gläubiger in der Versammlung für den Vergleich gestimmt hat, entzieht ihm nicht die Befugnis, nachträglich die Verwerfung zu beantragen, zumal seine Zustimmung durch einen Irrtum oder Betrug veranlasst worden sein kann. (M. S. 418.) Diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen nach § 56 im Konkursverfahren nicht geltend machen können, sind nicht Konkursgläubiger und werden deshalb nicht von den Wirkungen des Zwangsvergleiches betroffen. (Bem. II. 3 zu § 2 S. 17, Bem. I. zu § 56 S. 284, Bem. I. 2 zu §§ 178 ff. S. 535.) Sie sind deshalb auch nicht berechtigt, die Verwerfung des Zwangsvergleiches zu beantragen.[3])

Damit der Antrag auf Verwerfung zugelassen werden kann, muss der Antragsteller diejenigen Thatsachen, auf welche er seinen Antrag gründet, gemäss § 266 C.-P.-O. glaubhaft machen. Wenn dieser Forderung nicht genügt wird, ist der Antrag ohne weiteres und ohne dass eine mündliche Verhandlung erforderlich wäre, zurückzuweisen. § 170 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Frage, ob der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen werden soll, nicht auf die Erledigung der Vorfrage, ob der Antrag überhaupt zulässig sei. Hinsichtlich der hierauf bezüglichen Entscheidung (§ 173 Abs. 2) ist weder mündliche Verhandlung noch überhaupt die Anhörung der Gläubiger vorgeschrieben.[4]) Eine besondere Entscheidung ist nur dann erforderlich, wenn der Antrag zurückgewiesen, nicht auch, wenn derselbe zugelassen wird.[5]) Auf Grund der Glaubhaftmachung allein kann aber der Zwangs-

[1]) A. M. Fitting S. 366 § 48 Text zu Anm. 8; v. Sarwey S. 802 Nr. 6; Stieglitz S. 642; v. Völderndorff Bd. II. S. 592 lit. g; Willenbücher S. 214 § 174 Nr. 1; v. Wilmowski S. 433 Bem. zu § 174.

[2]) Vgl. v. Sarwey a. a. O.

[3]) A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 593, 594.

[4]) Vgl. v. Sarwey S. 801 Nr. 5 a.

[5]) Vgl. Stieglitz S. 642 Nr. I. 1.

vergleich nicht verworfen werden. Vielmehr sind die Thatsachen, welche die Verwerfung rechtfertigen sollen, derart zu erweisen, dass die volle Überzeugung des Richters von deren Richtigkeit begründet wird. Um deutlicher hervortreten zu lassen, „dass die Glaubhaftmachung nur ein formelles Erfordernis der Zulassung des Antrages, der Nachweis der betreffenden Thatsachen noch ausserdem zu führen sei“, wurde die jetzige Fassung des Abs. 2 beschlossen. (K. S. 112.) Bezüglich der Frage, ob die nötigen Beweise vom Antragsteller beigebracht werden müssen oder von Amts wegen erhoben werden können, ergab sich in der Reichstagskommission allgemeines Einverständnis darüber, dass § 67, der sich auf das ganze Konkursverfahren erstreckt, auch hier anzuwenden sei. (K. S. 112, 113.) Wenn die vorgebrachten Thatsachen nur glaubhaft gemacht, nicht aber bewiesen worden sind, hat hienach der Richter die erforderlichen Ermittelungen anzuordnen. (Bem. 3 zu § 67.)

III. Anfechtung des vom Gerichte erlassenen Beschlusses. (§ 174.)

1) Gegen den Beschluss, durch welchen der Zwangsvergleich bestätigt oder verworfen worden ist, findet sofortige Beschwerde (§ 66) statt. Dieselbe steht dem Gemeinschuldner wie den einzelnen Gläubigern zu, welche stimmberechtigt waren oder ihre Forderung und damit ihr Interesse glaubhaft machen konnten, jedem aber nur, soweit er in der Lage ist, einen Beschwerdegrund geltend zu machen. Dem Verwalter wurde auch hier nur eine gutachtliche Stellung eingeräumt. (M. S. 420.) Übrigens ist nicht vorgeschrieben, dass der Verwalter, der nach § 170 Abs. 2 vom Konkursgerichte gehört werden müsste, in der Beschwerdeinstanz nochmals gehört werden soll. Die Gläubiger können sowohl im Falle der Bestätigung als im Falle der Verwerfung des Vergleiches Beschwerde erheben und es kommt in dieser Beziehung nicht darauf an, ob sie bei der Beschlussfassung über die Annahme des Zwangsvergleiches mitgewirkt und in welcher Weise sie hiebei abgestimmt haben. (Bem. II. 3b.) Auch diejenigen Gläubiger, welche sich an der besondern Verhandlung über den Antrag auf Bestätigung oder Verwerfung nicht beteiligt oder doch keinen Antrag gestellt haben, sind zur Beschwerde berechtigt. Ein Gläubiger, welcher die Bestätigung oder Verwerfung ausdrücklich beantragt hat und dessen Antrag vom Gerichte entsprochen wurde, kann dagegen, da er einen Beschwerdegrund nicht hat, von der Beschwerde nicht mit Erfolg Gebrauch machen. Der Gemeinschuldner ist in der Regel nur dann zur Beschwerde berechtigt, wenn der von ihm vorgeschlagene und von der Gläubigerversammlung angenommene Vergleich vom Gerichte verworfen worden ist. Derselbe kann jedoch auch einen bestätigenden Beschluss durch Beschwerde anfechten, wenn er behauptet, der von ihm gemachte Vergleichsvorschlag sei von den Gläubigern ohne seine Zustimmung abgeändert worden und es hätte deshalb eine Bestätigung nicht stattfinden dürfen.

Die Beschwerde kann nach § 533 der Konkursordnung auf neue Thatsachen gestützt werden. Diese sind jedoch ebenso wie in der ersten Instanz glaubhaft zu machen (§ 173 Abs. 2) und zwar hat dies sofort bei Einreichung der Beschwerde zu geschehen. Andernfalls ist die Beschwerde ohne weiteres abzuweisen. Die §§ 172, 173 gelten auch im übrigen für das Beschwerdegericht, das hienach von Amts wegen zu prüfen hat, ob einer der in § 172 vorgesehenen Verwerfungsgründe vorliegt, aber auch den Vergleich aus andern Gründen als denjenigen verwerfen darf, welche in diesen §§ vorgesehen sind, und soweit ein Antrag erforderlich ist, prüfen muss, ob derselbe rechtzeitig gestellt worden ist. (Bem. II. 3b S. 527.) Eine mündliche Verhandlung braucht vor dem Beschwerdegerichte nicht stattzufinden. (§ 536 Abs. 1 der C.-P.-O.) Deshalb ist hier auch eine Verkündung des Beschlusses nicht geboten.

2) Weitere Beschwerde gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist ausgeschlossen (Abs. 3), weil sonst unverantwortliche Verschleppungen eintreten könnten und ohnedies eine zweimalige erschöpfende Erörterung stattfindet, auch der bestätigte Zwangsvergleich wegen Betruges oder betrüglichen Bankerotts (§§ 182, 183) entkräftet werden

kann. (M. S. 420, 421.) Nach der bestimmten Fassung des Gesetzes kann der Beschluss des Beschwerdegerichtes in keinem Falle angefochten werden, gleichviel ob ein neuer selbstständiger Beschwerdegrund im Sinne des § 531 der C.-P.-O. vorliegt und ob sich dieser Beschwerdegrund auf die Haüptsache oder auf einen Nebenpunkt bezieht.[1]) Die Vorschrift des § 174 Abs. 3 bezieht sich übrigens nur auf denjenigen Beschluss des Beschwerdegerichtes, durch welchen über die Beschwerde gegen den bestätigenden oder verwerfenden Beschluss des Konkursgerichtes entschieden worden ist. Hatte das Gericht den Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleiches als unzulässig zurückgewiesen und hatte der Antragsteller gegen diesen Beschluss (nach § 66 Abs. 3) Beschwerde eingelegt, so ist die Zulässigkeit der weitern Beschwerde nach § 531 der C.-P.-O. zu beurteilen.

§ 175.

Sobald der Vergleich rechtskräftig bestätigt ist, beschliesst das Gericht die Aufhebung des Konkursverfahrens. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Der Beschluss und der Grund der Aufhebung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 176.

Der Verwalter hat aus der Konkursmasse die Masseansprüche zu berichtigen. Die bestrittenen Masseansprüche sind sicher zu stellen.

Die bevorrechtigten Konkursforderungen sind, insoweit sie festgestellt sind, zu berichtigen, insoweit sie glaubhaft gemacht sind, sicherzustellen.

§ 177.

Soweit der Zwangsvergleich nicht ein anderes bestimmt, erhält der Gemeinschuldner das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

(E. §§ 175—177; M. S. 421; K. S. 113, 114, 186; pr. K.-O. § 199.)

1) Wenn die Bestätigung des Zwangsvergleiches nicht mehr durch Beschwerde angefochten werden kann, muss die Aufhebung des Konkursverfahrens ebenso erfolgen, wie wenn eine Schlussverteilung stattgefunden hat. Es werden deshalb durch § 175 dieselben Bestimmungen getroffen, welche § 151 enthält. Bezüglich deren Erläuterung sind die Bem. zu diesem § zu vergleichen, welchen nur noch weniges beizufügen ist. Aus der Fassung des Gesetzes darf nicht geschlossen werden, dass der Aufhebungsbeschluss immer unmittelbar nach Eintritt der Rechtskraft der Bestätigung zu erlassen ist. Vielmehr soll nur die

[1]) Teilweise a. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 599, 600.

Aufhebung und alles, was derselben vorherzugehen hat, möglichst rasch erfolgen. Vor der Aufhebung sind die mit der Beendigung des Verfahrens im Zusammenhange stehenden Akte, insbesondere die Schlussrechnung des Verwalters, wenn diese nicht schon mit dem Vergleichstermine ausnahmsweise verbunden worden ist, zu veranlassen. (Bem. I zu § 78 S. 335.) Auch die Vornahme der in dem Vergleiche bedungenen Sicherheitsmassregeln gehört hierher. (M. S. 421.) Die Erfüllung des Zwangsvergleiches bildet allerdings nicht einen Bestandteil des Konkursverfahrens. Auch hat dessen Aufhebung im allgemeinen zu erfolgen, obgleich der Vergleich vom Gemeinschuldner noch nicht vollzogen worden ist. Wenn ausdrücklich bedungen wurde, dass vor Aufhebung des Verfahrens die Gläubiger in bestimmter Weise sichergestellt werden müssen, muss jedoch zunächst dieser Bedingung genügt sein, ehe die Aufhebung erfolgen kann.[1]) Dass das Gericht zwar eine Frist zur Vornahme der im Vergleiche festgesetzten Sicherungsmassregeln festsetzt, aber ohne Rücksicht auf deren Durchführung nach Ablauf dieser Frist die Aufhebung des Verfahrens beschliesst, ist gleichfalls nicht zulässig. Der Zwangsvergleich ist für die Parteien wie für das Gericht bindend. Falls ausdrücklich bedungen wurde, derselbe solle erst dann wirksam werden, wenn die Gläubiger sichergestellt seien, ist sonach der Eintritt dieser Vorbedingung abzuwarten. Erst wenn dies geschehen ist, darf das Verfahren aufgehoben werden. Ebenso muss die in § 176 vorgeschriebene Befriedigung bezw. Sicherstellung der Massegläubiger und bevorrechtigten Konkursgläubiger nachgewiesen sein, ehe die Aufhebung angeordnet werden kann. Wem die Ausführung des Zwangsvergleiches insbesondere die Vornahme der bedungenen Sicherheitsbestellungen obliegt, ist im Vergleiche selbst zu bestimmen. In der Regel wird der Vollzug dem Verwalter übertragen werden.

2) Die Massegläubiger und die bevorrechtigten Konkursgläubiger werden durch den Zwangsvergleich als solchen nicht berührt, da sie durch denselben weder Rechte erwerben, noch in ihren Ansprüchen verkürzt werden. Dagegen ist die Aufhebung des Konkursverfahrens für diese Gläubiger von Bedeutung, da infolge derselben die Masse, aus welcher sie zu befriedigen sind, wieder in den Besitz des Gemeinschuldners gelangt. Durch § 176 werden deshalb Sicherungsmassregeln zugunsten dieser Gläubiger vorgeschrieben. Auch kann die Aufhebung des Verfahrens erst erfolgen, nachdem diesen Vorschriften genügt worden ist. (M. S. 421.) Was für bestrittene Masseforderungen vorgeschrieben wurde, gilt in gleicher Weise für bedingte und betagte Forderungen dieser Art, auf welche letztere die Vorschrift des § 58 nicht zur Anwendung kommen kann. Hat der Konkursverwalter mit Rücksicht auf das Geschäft des Gemeinschuldners Miet- oder Dienstverträge abgeschlossen, welche noch längere Zeit dauern, oder hat er auf Grund der §§ 17 ff. die Fortsetzung derartiger Verträge verlangt, so muss der Gemeinschuldner, wenn er das Geschäft übernimmt und die gemieteten Räumlichkeiten benutzt bezw. von den bedungenen Dienstleistungen Gebrauch macht, natürlich auch die dafür zu bezahlende Vergütung übernehmen. Die Massegläubiger brauchen sich aber nicht einfach auf den Gemeinschuldner verweisen zu lassen, sondern können dafür Sicherstellung verlangen, dass dieser den übernommenen Verbindlichkeiten nachkomme.[2]) Ebenso darf für den Fall einer Auflösung des Vertrages gegen Entschädigung diese von der Masse hiefür verlangt und muss, wenn der Gemeinschuldner deren Zahlung übernimmt, auf Verlangen dafür Sicherheit geleistet werden. Anspruch auf vorgängige Befriedigung oder Sicherstellung aus der Masse haben übrigens nur solche Gläubiger, welche ihre Forderungen vor Aufhebung des Verfahrens angemeldet haben oder darauf rechnen durften, dass der Verwalter sie von Amts wegen berücksichtige. (Bem. 1 zu § 50 S. 256.) Diejenigen Gläubiger, welche sich erst später melden, können nicht ver-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 602, 603; Fitting S. 370 § 48 Nr. III.; Hullmann S. 324; v. Sarwey S. 804; Stieglitz S. 647 Nr. I.; v. Völderndorff Bd. II. S. 601, 602; v. Wilmowski S. 435.

[2]) Vgl. Fitting S. 369 § 48 Nr. III. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 605 ff.; Willenbücher S. 215 Nr. 2; v. Wilmowski S. 435, 436.

langen, dass die Herausgabe der Masse an den Gemeinschuldner verweigert oder verzögert werde. Dieselben müssen sich vielmehr nun an den Gemeinschuldner halten, weil er das Recht der Verfügung über die Konkursmasse wieder erlangt hat. (§ 177.)

Die Ansprüche der Massegläubiger aus § 176 können im Wege der Klage gegen den Verwalter verfolgt werden, der im Falle der Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift auch nach Aufhebung des Verfahrens für etwaigen Schaden persönlich verantwortlich ist. Bezüglich der Nachforderung von Gerichtskosten ist Bem. 2 zu § 159 S. 496 zu vergleichen. Die Massegläubiger können sich übrigens auch an den Gemeinschuldner halten. (Vorbem. 2 zu §§ 50 ff.) Zu den nicht festgestellten bevorrechtigten Forderungen gehören sowohl diejenigen, welche noch gar nicht angemeldet oder wenigstens noch nicht geprüft worden sind, als diejenigen, gegen welche bei der Prüfung Widerspruch erhoben wurde. Hiebei bewirkt es keinen Unterschied, ob die ganze Forderung oder bloss das Vorzugsrecht bestritten worden ist. Diese Forderungen müssen dem Verwalter glaubhaft gemacht werden, damit der Anspruch auf Sicherstellung erwächst. Sodann ist der Anspruch nach Aufhebung des Verfahrens dem Gemeinschuldner gegenüber durchzuführen. Erkennt der Verwalter die Glaubhaftmachung nicht an, so kann der Gläubiger seinen Anspruch auf Sicherstellung auf dem Wege der Klage verfolgen. Gelingt es demselben nicht, die Feststellung bezw. die Anerkennung der Glaubhaftmachung vor Aufhebung des Konkursverfahrens zu erlangen, so kann er seinen Anspruch in Beziehung auf die Masse nicht weiter geltend machen, sich aber immer an den Gemeinschuldner und unter Umständen auch an den Verwalter halten, der für ein Verschulden nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes verantwortlich ist.

3) Da die Erfüllung des Vergleiches nicht einen Teil des Konkursverfahrens bildet (M. S. 421), schreibt § 177 vor, dass mit der Aufhebung des Konkursverfahrens der Gemeinschuldner die ihm bisher durch § 5 entzogene Befugnis, über sein Vermögen frei zu verfügen, wieder erlangt. Hinsichtlich des Anfechtungsanspruches, der bisher dem Verwalter zustand, ist Bem. 2 zu § 29 S. 152, bezüglich der Vereinbarungen über die dem letztern zukommende Vergütung Bem. 3 zu § 77 S. 333 zu vergleichen. Unterwirft sich der Gemeinschuldner im Zwangsvergleiche freiwillig gewissen Beschränkungen, z. B. der Beaufsichtigung durch den Konkursverwalter oder durch eine andere Person, so ist die Wirksamkeit dieser Beschränkungen nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen und wegen Verletzung der übernommenen Verpflichtungen nach Massgabe dieses Rechtes vorzugehen. Eine Aufhebung des Zwangsvergleiches findet wegen dieser Nichterfüllung nicht statt. (§ 181.) Durch die Vorschrift des § wird jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Aufhebung des Konkursverfahrens im Zwangsvergleiche von der vorherigen Sicherstellung der an dem Vergleiche beteiligten Konkursgläubiger abhängig gemacht werde. Der Gemeinschuldner kann sich zu bestimmten Sicherheitsleistungen, z. B. zur Sicherstellung durch Bürgschaftsleistung oder Hypothekbestellung, verpflichten und es kann die Wirksamkeit des Zwangsvergleiches von der Erfüllung dieser Verpflichtung abhängig gemacht werden. (Bem. 1 S. 530.) Auf derartige Beschränkungen bezieht sich der Eingang des § 177. Dagegen kann es nicht als zulässig angesehen werden, dass in dem Zwangsvergleiche die Aufhebung des Konkursverfahrens davon abhängig gemacht wird, dass derselbe vom Gemeinschuldner erfüllt worden ist, d. h. alle Konkursgläubiger vollständig befriedigt worden sind. Eine Vereinbarung des Inhaltes, dass ungeachtet des bestätigten Zwangsvergleiches das Konkursverfahren bis zum Vollzuge desselben fortdauere und dem Gemeinschuldner die Verfügung über die Konkursmasse entzogen sein solle, würde mit dem Wesen des Zwangsvergleiches im Widerspruche stehen. Auch spricht der Umstand, dass gegen den Aufhebungsbeschluss, der ja mit derartigen Bestimmungen des Zwangsvergleiches im Widerspruche stehen könnte, Beschwerde nicht stattfindet, gegen die Zulässigkeit der erwähnten Klauseln.[1]) In keinem

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 604; Fitting S. 358, 359 § 47 Text und Anm. 13; v. Sarwey S. 806; Stieglitz S. 650; v. Völderndorff Bd. II. S. 602; Willenbücher S. 316; v. Wilmowski S. 437. A. M. Hullmann S. 324; ferner Ldg. Hamburg 27. Febr. 1883, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. VII. S. 229.

Falle ist der Konkursverwalter als solcher berechtigt, den Gemeinschuldner zur Erfüllung seiner Verpflichtungen anzuhalten, welche ausserhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat. Vielmehr ist es Sache der Gläubiger, diese Erfüllung zu erzwingen.[1]) Wegen der sogen. „kassatorischen Klausel" sind die Bem. zu § 181 S. 538, 539 zu vergleichen.

§ 178.

Der rechtskräftig bestätigte Zwangsvergleich ist wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren oder an der Beschlussfassung über den Vergleich nicht teilgenommen, oder gegen den Vergleich gestimmt haben. Die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners werden nicht berührt.

§ 179.

Aus dem rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiche findet für die Konkursgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner in dem Prüfungstermine ausdrücklich bestritten worden sind, gegen den Gemeinschuldner und diejenigen, welche in dem Vergleiche für dessen Erfüllung neben dem Gemeinschuldner ohne Vorbehalt der Einrede der Vorausklage Verpflichtungen übernommen haben, die Zwangsvollstreckung unter entsprechender Anwendung der §§ 662—701 der Civilprozessordnung und des § 152 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.

§ 180.

Soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, gewährt die Feststellung einer Konkursforderung, wenn nach den Landesgesetzen ein Urteil den Anspruch auf eine Hypothek an dem unbeweglichen Vermögen des Schuldners begründet, den Anspruch auf eine solche nur im Falle eines Arrestgrundes.

(E. §§ 178—180; M. S. 421—426; K. S. 114; pr. K.-O. §§ 197, 198, 201.)

I. Wirkungen des Zwangsvergleiches für die Gläubiger und gegenüber den Mitschuldnern und Bürgen des Gemeinschuldners. (§ 178.)

1) Die Wirkung des Zwangsvergleiches auf die Forderungsrechte der durch denselben betroffenen Gläubiger wird durch dessen Inhalt bestimmt. Aus der Natur desselben ergiebt sich aber, sofern im Vergleiche nichts anderes bestimmt wurde, von selbst die Befreiung des Gemeinschuldners von der Verbindlichkeit, den Ausfall, welchen die Gläubiger durch den Vergleich erleiden, nachträglich zu ersetzen. Daraus folgt auch, dass die Gläu-

[1]) Ldg. Hamburg 21. Febr. 1883 a. a. O.

biger nach Abschluss des Zwangsvergleiches im Zweifel nicht diejenigen Nebenforderungen geltend machen dürfen, welche (wie Zinsen und Kostenforderungen u. s. w.) § 56 von der Geltendmachung im Konkursverfahren ausschliesst. Dem Wesen des Zwangsvergleiches entspricht es, dass die Gläubiger sich mit einem Teile desjenigen Betrages begnügen, den sie im Konkursverfahren angemeldet haben, und dass die Zwangsvergleichsquote auf derselben Grundlage berechnet wird wie die Konkursdividende.[1]) Die Befreiung im Gesetze ausnahmslos vorzuschreiben, wurde nicht für richtig gehalten, weil eine solche Bestimmung mit dem Inhalte des Vergleiches im Widerspruche stehen könnte. Eine Vorschrift, nach welcher die Befreiung eintritt, sofern im Vergleiche nicht das Gegenteil bestimmt ist (pr. K.-O. § 198 Abs. 1), wurde dagegen als überflüssig angesehen. (M. S. 422.) Ob eine natürliche Verbindlichkeit des Gemeinschuldners bestehen bleibt, ein Rückforderungsrecht bezüglich der freiwillig erfolgten Nachzahlung sonach ausgeschlossen ist, muss nach dem bürgerlichen Rechte beurteilt werden. Nach allgemeinen Grundsätzen ist anzunehmen, dass der Gemeinschuldner moralisch verpflichtet ist, wenn er in bessere Verhältnisse kommt, seine ganze Schuld zu bezahlen, ihm sonach die condictio indebiti nicht zusteht.[2])

Der Zwangsvergleich begründet ferner eine Einrede gegenüber der Anfechtungsklage, welche ein Gläubiger ausserhalb des Konkursverfahrens wegen einer vor der Konkurseröffnung erfolgten Rechtshandlung erhebt. (§ 13 Abs. 4 Anf.-Ges.)[3]) Wenn eine Konkursforderung aus einem zweiseitigen Vertrage herrührt, auf Grund dessen der Gemeinschuldner eine Gegenleistung verlangen kann, so kann dieser nicht ohne weiteres von dem Gläubiger gegen Bezahlung des aus dem Zwangsvergleiche geschuldeten Betrages die volle Gegenleistung fordern. Vielmehr hängt das Mass der Verpflichtung des Gläubigers davon ab, welchen Gebrauch der Verwalter von dem ihm nach § 15 zustehenden Wahlrechte gemacht hat. Wenn dieser von dem andern Teile die Erfüllung verlangt hatte, so ist dessen Forderung dadurch Masseforderung geworden (§ 52 Z. 1 und 2, Bem. III. 1 b zu diesem § S. 264) und unterliegt demnach den Wirkungen des Zwangsvergleiches nicht. Hatte dagegen der Verwalter die Erfüllung abgelehnt, so steht dem andern Teile nur eine Konkursforderung (Entschädigungsforderung) zu, welche allerdings vom Zwangsvergleiche betroffen wird. Der Gemeinschuldner kann aber nicht gegen Erfüllung des Zwangsvergleiches die volle vertragsmässige Gegenleistung verlangen. Diese darf er vielmehr nur dann fordern, wenn auch er den Vertrag vollständig erfüllt, was er, da der Vertrag nicht aufgehoben ist (Bem. I. 5 zu § 15 S. 64), immer noch thun kann. Ist im Konkursverfahren über das Vermögen eines Aktionärs ein Zwangsvergleich geschlossen worden und wird von der Aktiengesellschaft die Einzahlung der rückständigen Aktienbeträge verlangt, so kann hienach der Aktionär nicht gegen Zahlung des aus dem Zwangsvergleiche geschuldeten Teilbetrages Aushändigung der Aktien fordern. Vielmehr kommt es auch hier darauf an, wie sich der Verwalter verhalten hat.[4])

Die Bestimmungen des Zwangsvergleiches bleiben auch dann in Kraft, wenn der Gemeinschuldner neuerdings in Konkurs gerät. Auch in einem solchen Konkursverfahren dürfen die Gläubiger, sofern der Zwangsvergleich nicht wegen Betruges oder betrügerischen Bankerutts angefochten werden kann (§§ 182 ff.), ihre Forderungen nur in der Höhe geltend machen, welche durch den Zwangsvergleich festgesetzt worden ist, bleiben also an den bewilligten Nachlass gebunden.

1) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 335 § 126 Nr. 8.

2) So erkannte das R.-O.-H.-G. am 20. Dez. 1872, Entsch. Bd. 8. S. 279. Vgl. auch Fitting S. 372 § 49 Anm. 2; Hullmann S. 326; v. Sarwey S. 808 Nr. 1 a. E.; Stieglitz S. 651 Anm. a; v. Völderndorff Bd. II. S. 611, 612 Anm. 11; Willenbücher S. 217 Nr. 2, v. Wilmowski S. 437.

3) Vgl. O.-L.-G. Hamburg 13. März 1883, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. IV. S. 192.

4) Vgl. Meisner S. 373 Anm. 2; v. Sarwey S. 841 Nr. 3a; ferner R.-O.-H.-G. 17. Juni 1879, Entsch. Bd. 25 S. 293 ff.

Der Zwangsvergleich ist übrigens nicht als ein Vergleich bezüglich der Forderungen der Gläubiger anzusehen; sein Inhalt ist nur „Aufhebung des Konkurses und Freigabe der Konkursmasse gegen Zahlung einer bestimmten Quote von allen Konkursforderungen". In dieser Beziehung wurde in den Motiven (S. 424) bemerkt: Der Accord berühre nicht unmittelbar die Beschaffenheit der einzelnen Forderungen, noch sei er auf deren Feststellung von Einfluss; er enthalte für sie kein Anerkenntnis, keinen neuen und keinen andern Rechtsgrund; er sei weder ein Vergleich über die einzelne Forderung, noch habe er für sie die Wirkung einer Novation. (Vorbem. 3 zu §§ 160 ff. S. 498.)[1]) Der Gläubiger, welcher seine Forderung nicht angemeldet hatte, kann diese hienach in ihrer ursprünglichen Gestalt geltend machen. Da er dieselbe nicht so auszuüben braucht, wie er sie hätte im Konkursverfahren geltend machen müssen, berühren die Vorschriften der §§ 58, 62 und 63 seine Forderung nicht.[2]) Da der Zwangsvergleich weder eine Novation noch eine Feststellung der Forderungen enthält, kommt demselben auch ein unmittelbarer Einfluss auf den Lauf der Verjährung nicht zu. Diese wird lediglich durch die Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen (§ 13) und beginnt, wenn dies geschehen ist, mit der Beendigung des Verfahrens wieder zu laufen. Wurden dem Gemeinschuldner Zahlungstermine bewilligt, so fängt die Verjährung in der Regel erst dann wieder zu laufen an, wenn die erste Rate fällig ist, also geklagt werden kann. Nur wenn die Forderung nicht festgestellt ist, der Gläubiger folglich Feststellungsklage erheben muss, beginnt die Verjährung schon früher zu laufen. (Bem. 3 zu § 13.) Der in einem ausländischen Konkursverfahren abgeschlossene Zwangsvergleich sowie eine dessen Stelle vertretende zwangsweise Befreiung (discharge) des Schuldners verhindert die deutschen Gläubiger nur insoweit, ihre Forderungen im Inlande geltend zu machen, als dieselben sich den Vorschriften des ausländischen Rechtes ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. Eine solche Unterwerfung ist aber nicht schon darin zu finden, dass bezüglich der aus dem Vertrage selbst abzuleitenden Rechte und Verbindlichkeiten das Gesetz des ausländischen Erfüllungsortes massgebend sein soll.[3]) Auf aussergerichtliche Nachlassverträge kann § 178 natürlich ebensowenig wie § 168 Anwendung finden.[4]) (Bem. 3 zu diesem § S. 515.)

2) Dass sich die Wirkungen des Zwangsvergleiches auf alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger erstrecken, auch wenn dieselben an dem Verfahren gar nicht teilgenommen haben oder doch nicht berücksichtigt worden sind, wurde in den Motiven (S. 421) damit gerechtfertigt, dass Allgemeinheit und Gleichheit die Grundlagen seien, auf welchen der Zwangsvergleich seiner Natur nach beruhe. Absonderungsberechtigte, welche eine persönliche Forderung gegen den Gemeinschuldner haben, werden von den Wirkungen des Zwangsvergleiches nur insoweit betroffen, als ihnen eine Ausfallsforderung zusteht. Nur insoweit sind sie als Konkursgläubiger anzusehen und stimmberechtigt. (Bem. II. 1 zu § 169 S. 516.)[5]) Nach der abgesonderten Befriedigung können dieselben, soweit sie einen Ausfall erleiden, die Vergleichsquote beanspruchen, aber nicht mehr.[6]) Den Ausfall nachzuweisen, ist ihre Sache.[7]) Ob der Absonderungsberechtigte bei der Abstimmung über den Zwangsvergleich mitwirkte oder ob ihm hiebei das Stimmrecht versagt wurde,

1) Vgl. Erk. des pr. Obertribunals vom 7. Juni 1859, Striethorst, Arch. Bd. 33 S. 290 ff. und Erk. des R.-O.-H.-G. vom 3. Dez. 1872, Entscheid. Bd. 8 Nr. 36 S. 144.

2) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 613; Willenbücher S. 217 Nr. 2. A. M. Fitting S. 371 § 49 Anm. 1; Stieglitz S. 651; v. Wilmowski S. 438.

3) Vgl. R.-G. (II.) 20. März 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 7 ff.

4) O.-L.-G. Colmar 9. Nov. 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 14 S. 170 ff.

5) Vgl. R.-G. (IV.) 18. Febr. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 139.

6) Vgl. v. Sarwey S. 811 Nr. 3a; Stieglitz S. 652; v. Völderndorff Bd. II. S. 612; Willenbücher S. 216 Nr. 1; v. Wilmowski S. 437; R.-G. (II.) 25. Okt. 1881, Entsch. Bd. V. S. 394 ff.; bayer. oberstes Landesg. 13. Jan. 1882, Sammlung Bd. IX. S. 461 ff., Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 481 ff.

7) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe in den bad. Ann. Bd. 47 S. 308 ff.

weil seine Forderung noch nicht festgestellt war, ist gleichgültig.[1]) In der Annahme der Vergleichsquote, welche auf die ganze Forderung trifft, ist ein Verzicht auf die abgesonderte Befriedigung zu finden. (Bem. I. 1 zu § 57 S. 288 Anm. 6 und Bem. II. 4 zu § 3 S. 26.) Solche Forderungen, welche nach § 56 im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können, werden durch den Zwangsvergleich nicht betroffen, weil sie nicht Konkursforderungen sind. (Bem. I. 3 zu § 2 und Bem. I. zu § 56 S. 284.)[2])

Eine durch Aufrechnung erloschene Forderung wird durch den Zwangsvergleich nicht mehr berührt. (Vorbem. 3 zu §§ 146 ff. S. 240.) Im übrigen machen sich die Wirkungen des Zwangsvergleiches auch bei derjenigen Aufrechnung geltend, welche nach der rechtskräftigen Bestätigung desselben erfolgt. (Vorbem. 3 zu §§ 46 ff. S. 240 und Bem. IV. 5 zu §§ 149 ff. S. 487.)

3) Die Frage, ob die Gläubiger ungeachtet des Zwangsvergleiches ihre bisherigen Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unverändert behalten, ist in den verschiedenen Gesetzgebungen abweichend geregelt. In § 178 wird dieselbe bejaht und zwar derart, dass ohne Rücksicht auf das bestehende bürgerliche Recht die Forderungen der Gläubiger in Kraft bleiben. Die Frage der Anwendung allgemeiner civilrechtlicher Grundsätze zu überlassen, wurde für unzweckmässig gehalten, weil die Grundsätze über die Wirkungen der Nachlassverträge in Bezug auf Korreal- und Solidarschuldner sowie auf Bürgen nicht überall dieselben und teilweise sehr bestritten seien. Ausserdem wollte man dem Zwangsvergleiche nicht wie dem freiwilligen Vergleiche die Wirkung einräumen, die Solidarschuldner und Bürgen von ihrer Verbindlichkeit zu befreien, weil nach der Absicht des Gesetzes und der Gläubiger der Nachlass nur für die Person des Gemeinschuldners, nicht aber zugunsten aller Solidarschuldner bewilligt werde und weil der Zwangsvergleich einen Vergleich über die einzelne Forderung nicht enthalte. (Bem. I. 1 S. 534.) In den Motiven wurde noch weiter hervorgehoben, dass man die Gläubiger nicht verleiten dürfe, mit Rücksicht auf ihre besondern Ansprüche gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners anders zu stimmen, als es das Interesse der Gesamtheit bedinge. Für die Anwendung des Satzes, dass der Zwangsvergleich die Rechte der Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners unberührt lässt, ist es gleichgültig, ob der Richter das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen des Zwangsvergleiches mit Recht oder mit Unrecht angenommen hat.[3]) Zu den Mitschuldnern, deren Verpflichtung vom Zwangsvergleiche nicht berührt wird, gehört auch derjenige, welcher einem Gläubiger für seine Forderung an den Gemeinschuldner ein Pfand bestellt hat, ohne sich persönlich für die Forderung zu verbürgen. Die Haftung ist aber natürlich nur eine dingliche und betrifft bloss den verpfändeten Gegenstand.[4])

II. Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner und die Vergleichsbürgen. (§ 179.)

1) Da es sich hier nicht um einen Vergleich über die einzelnen Forderungen handelt, deren Bestehen vorausgesetzt und deren Grund und Beschaffenheit durch die Freigabe der Konkursmasse und den bewilligten Nachlass nicht berührt wird (Bem. I. 1 S. 534), kann der Zwangsvergleich für sich allein ebensowenig wie das Bestätigungsurteil als Vollstreckungstitel bezüglich der Forderungen dienen, welche zufolge des Abkommens mit dem Gemeinschuldner geltend gemacht werden. Als Vollstreckungstitel dient vielmehr die Feststellung in

[1]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. a. a. O.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 604; Fitting S. 372 § 49 Anm. 1; Stieglitz S. 652; Willenbücher S. 216 Nr. 1; v. Wilmowski S. 438. A. M. v. Sarwey S. 809 Nr. 2 Bem. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 614.

[3]) R.-G. (I.) 12. Dez. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 482.

[4]) R.-G. (V.) 28. Nov. u. 1. Dez. 1888, (III.) 21. Juni 1889, Entsch. Bd. XXII. S. 325 ff., bes. S. 330 ff., jur. Wochenschr. 1889 S. 68 u. 307.

der Tabelle in Verbindung mit dem bestätigten Zwangsvergleiche. Die Tabelle enthält die Feststellung, dass eine Konkursforderung in bestimmter Höhe besteht. Aus dem Zwangsvergleiche ergiebt sich, in welchem Umfange dieselbe befriedigt werden soll. (M. S. 424.) Demgemäss wird der in § 152 Abs. 2 für den Fall der Schlussverteilung aufgestellte Grundsatz durch § 179 auch für den Fall eines Zwangsvergleiches zur Anwendung gebracht. Auf Grund der Eintragung in die Tabelle findet auch hier die Zwangsvollstreckung statt, wenn der Gemeinschuldner die festgestellte Forderung nicht im Prüfungstermine ausdrücklich bestritten hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Gläubiger, welcher zur Zwangsvollstreckung schreiten will, vom Gerichtsschreiber einen Auszug aus der Tabelle, aus welchem sich die Feststellung der Forderung und deren Anerkennung durch den Gemeinschuldner ergiebt, sowie eine Ausfertigung des rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleiches zu erheben. Von beiden Urkunden sind vollstreckbare Ausfertigungen (§§ 662 ff. der C.-P.-O.) zu erteilen, weil dieselben beide notwendig sind, damit eine Zwangsvollstreckung stattfinden kann. Da die Rechtskraft des Bestätigungsbeschlusses vorausgesetzt wird, darf der Gerichtsschreiber eine vollstreckbare Ausfertigung desselben übrigens erst dann aushändigen, wenn Beschwerde nicht mehr zulässig oder dieselbe erledigt ist. (§ 174.)

Soweit es sich um eine Forderung handelt, welche im Konkursverfahren nicht festgestellt worden ist (§§ 132, 133), oder gegen welche der Gemeinschuldner Widerspruch erhoben hat, kommt § 179 nicht zur Anwendung. Vielmehr müssen die Gläubiger, wenn der Gemeinschuldner nicht freiwillig einen andern Vollstreckungstitel einräumt (§ 702 C.-P.-O.), gegen denselben Klage erheben und sich ein rechtskräftiges oder für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urteil verschaffen. (§ 132 Abs. 2.)

In dieser Beziehung kommt ein zwischen dem anmeldenden Gläubiger und dem Verwalter oder einem andern die Forderung im Prüfungstermine bestreitenden Gläubiger schwebender Feststellungsprozess (§ 134) nicht mehr in Betracht. Hat der Gemeinschuldner die Forderung gleichfalls bestritten, so muss ohnedies, damit er zur Zahlung angehalten werden kann, die vor Aufhebung des Konkursverfahrens nicht festgestellte Forderung ihm gegenüber festgestellt werden. Die Anerkennung des Verwalters und der übrigen Gläubiger, welche genügt, um die Zulassung eines Gläubigers zum Konkursverfahren und zur Teilnahme an den Verteilungen zu rechtfertigen, hat nun, nachdem es sich lediglich darum handelt, ob der Gemeinschuldner persönlich zur Zahlung verpflichtet ist, jede rechtliche Bedeutung verloren. Selbst wenn der Feststellungsprozess weiter geführt werden sollte, was wegen der Kosten geschehen kann, würde ein Urteil, welches die Forderung dem Verwalter und den übrigen Gläubigern gegenüber feststellt und auf Grund dessen der Gläubiger zum Konkursverfahren zugelassen werden müsste, wenn ein solches noch bestände, nicht die Wirkung haben, dass der Gemeinschuldner zur Zahlung einer von ihm bestrittenen und ihm gegenüber nicht festgestellten Forderung gezwungen werden kann. Der Gläubiger steht nach Aufhebung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner selbst gegenüber und verlangt von diesem Zahlung. Er muss daher auch ihm gegenüber nachweisen, dass er Gläubiger ist. Andererseits kann die Bestreitung der Forderung durch den Verwalter oder einen andern Gläubiger, wenn die angemeldete Forderung vom Gemeinschuldner selbst anerkannt wird, nicht die Bedeutung haben, dass die Forderung noch den widersprechenden Personen gegenüber festgestellt werden muss. Deren Widerspruch, der für die Frage der Zulassung der bestrittenen Forderung im Konkursverfahren entscheidend war, hat nun nach Aufhebung desselben seine Bedeutung verloren. Die übrigen Gläubiger mögen ein thatsächliches Interesse daran haben, dass die Schuldenmasse verringert wird. Sie können aber der Anerkennung seitens des Schuldners durch ihren Widerspruch nicht die rechtliche Wirkung entziehen.[1]) Dem Gemeinschuldner kann die Fortführung eines durch den Widerspruch des Verwalters veranlassten Prozesses nicht aufgebürdet werden, da es sich in diesem Prozesse nicht darum

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 607; Fitting S. 373 § 49 Anm. 6; Meves S. 183.

handelte, ob er die Forderung anzuerkennen habe, und seine Erklärungen für die Zulassung der Forderung zum Verteilungsverfahren unerheblich waren. Soll ein solcher Prozess weitergeführt werden, was sich nur wegen der Kostenfrage rechtfertigen lässt, so hat dies hienach der widersprechenden Person gegenüber zu geschehen.[1])

2) Der Vollstreckungstitel, welcher den Gläubigern auf Grund des § 179 zusteht, würde an sich die Personen nicht treffen, welche sich neben dem Gemeinschuldner für die Erfüllung des Zwangsvergleiches verpflichtet haben. Deshalb wurde durch § 179 die Wirkung der Vollstreckbarkeit auf diejenigen Vergleichsbürgen ausgedehnt, welche gleichzeitig und samtverbindlich mit dem Gemeinschuldner die Verpflichtungen aus dem Zwangsvergleiche übernommen haben. Hinsichtlich dieser Personen wird angenommen, dass sie sich durch Übernahme der Bürgschaft auch der Vollstreckbarkeit unterworfen haben, und zwar wirkt diese Annahme unbedingt und ungeachtet entgegengesetzter Vorbehalte. (M. S. 425.) Bezüglich derjenigen Personen, welche sich die Einrede der Vorausklage vorbehalten haben, hat es bei den allgemeinen Vorschriften der C.-P.-O. sein Bewenden. Die Gläubiger müssen, wenn ein solcher Bürge seinen Verpflichtungen nicht freiwillig nachkommt, zunächst den Weg der Klage betreten und können erst, wenn sie ein Urteil erwirkt haben, die Zwangsvollstreckung betreiben. Auch wenn die Vorausklage vergeblich war, kann § 179 keine Anwendung finden, da derselbe sich nur auf solche Bürgen bezieht, welche sich die Einrede der Vorausklage nicht vorbehalten haben.[2]) Hinsichtlich derjenigen Personen, welche sich neben dem Gemeinschuldner und samtverbindlich mit demselben verpflichtet haben, wird übrigens unbedingt vorausgesetzt, dass zur Zeit des Zwangsvergleiches die Forderung, deren Vollstreckung in Frage steht, bereits festgestellt war. Für Forderungen, welche nicht bis zur Abstimmung über den Vergleich den Vollstreckungstitel gegen den Gemeinschuldner erlangt haben, ist ein besonderer Titel gegen den Mitschuldner nach Massgabe der C.-P.-O. zu erzielen. Diese fordert nicht notwendig ein Urteil; die Z. 4 des § 702 eröffnet vielmehr einen leichtern Weg. (M. S. 424, 425.) Auch entspricht es der Natur der Sache, dass dem Vergleichsbürgen gegenüber eine Zwangsvollstreckung nur insoweit stattfindet, als die den Gegenstand der Bürgschaft bildenden Forderungen festgestellt waren.[3])

III. Anspruch auf eine Hypothek. (§ 180.)

1) Nach französischem Rechte (Code de comm. Art. 524, Fallimentsgesetz Art. 517) hat die gerichtliche Bestätigung des Zwangsvergleiches die besondere Wirkung, dass den einzelnen Gläubigern auf Grund derselben eine Hypothek an den Liegenschaften des Gemeinschuldners zusteht bezw. die bei Eröffnung des Verfahrens im Namen der Masse eingetragene allgemeine Hypothek für die einzelnen Gläubiger nach Verhältnis ihrer Forderungen erhalten bleibt. Auch ist der Syndik verpflichtet, diese Hypothek durch Einschreibung des Bestätigungsurteils zu wahren, sofern die Gläubiger nicht auf ihr Pfandrecht verzichtet haben. Von einer derartigen Gesamthypothek wurde bei Aufstellung des Entwurfes abgesehen, weil sie weder den Grundsätzen der neuern Hypothekengesetze noch den civilrechtlichen Voraussetzungen einer gerichtlichen Hypothek entspreche. Aber auch Einzelhypotheken zugunsten der verschiedenen Gläubiger wollte man nicht in allgemeiner Weise, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen bewilligen. Damit zufolge des Zwangsver-

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 607 Anm. 40; Fitting S. 374 § 49 Anm. 7. A. M. anscheinend v. Wilmowski S. 441 Nr. 3.

[2]) Vgl. Fitting S. 375 § 49 Anm. 8; Meisner S. 360; v. Sarwey S. 814; v. Wilmowski S. 442 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 622.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 607; Hullmann S. 329 Nr. 3; v. Sarwey S. 814; Stieglitz S. 657; Wengler S. 633 Nr. 2; Willenbücher S. 218 Nr. 2; v. Wilmowski S. 441 Nr. 1. A. M. Fitting S. 374 § 49 Anm. 8 und v. Völderndorff S. 620, 621.

gleiches eine Hypothek geltend gemacht und deren Einschreibung verlangt werden kann, wird vorausgesetzt:

a. dass die Forderung festgestellt ist, also ein Vollstreckungstitel vorliegt;

b. dass nach den Landesgesetzen ein gerichtliches Urteil, also auch die Eintragung in die Tabelle, den Anspruch auf eine Hypothek begründet.

2) für den Fall, dass diese Voraussetzungen gegeben sind, die Forderung aber noch nicht fällig ist, wird nun nach der Vorschrift des § der Anspruch auf eine Hypothek an die weitere Voraussetzung geknüpft, dass ein Arrestgrund (§ 797 C.-P.-O.) vorliegt. Auf fällige Forderungen, welche auf dem Wege der Zwangsvollstreckung verfolgt werden können, bezieht sich die Vorschrift des §, wie sich aus der Fassung ergiebt, nicht. Da nach § 133 Abs. 2 die Eintragung in die Tabelle rücksichtlich der festgestellten Forderungen wie ein rechtskräftiges Urteil wirkt, ist aber den Gläubigern, deren Forderungen fällig sind, in den Ländern, in welchen die Urteile eine gerichtliche Hypothek gewähren, ohnedies und ohne dass ein Arrestgrund erforderlich ist, die Möglichkeit gegeben, ihre Hypothek eintragen zu lassen; § 180 bezieht sich auf derartige Forderungen überhaupt nicht. Es kommt also lediglich auf die Landesgesetze an.[1])

Im übrigen ist es den Beteiligten überlassen, sich über die Bestellung einer Hypothek, wenn die Gläubiger solche ihrem Interesse entsprechend erachten, beim Abschlusse des Zwangsvergleiches zu einigen. (M. S. 426.) Insbesondere gilt dies in Ansehung der Vergleichsbürgen, denen gegenüber die Eintragung in die Tabelle zwar als Vollstreckungstitel wirkt, aber nicht als Urteil gilt. Wo ein solcher Titel nach der Landesgesetzgebung Anspruch auf Eintragung einer Hypothek gewährt, kann diese allerdings auch in Ansehung des Vergleichsbürgen verlangt werden, soweit § 180 nicht im Wege steht. In welcher Weise die Eintragung zu bewirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 181.

Eine Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleiches aus dem Grunde der Nichterfüllung desselben findet nicht statt.

(E. § 181; M. S. 426, 427; K. S. 114; pr. K.-O. § 201.)

Wird der Zwangsvergleich nicht erfüllt, so kann die Erfüllung auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden. Die Nichterfüllung ist dagegen kein gesetzlicher Grund, welcher die Aufhebung des Zwangsvergleiches rechtfertigt. Auch wo nach dem bürgerlichen Rechte die Nichterfüllung eines Vertrages zur Klage auf Auflösung desselben berechtigt, werden die landesgesetzlichen Bestimmungen durch § 181, soweit es sich um den Zwangsvergleich handelt, beseitigt. Gerade weil in Ermangelung einer besondern Vorschrift aus den Grundsätzen des französischen Rechtes (Art. 1184 Code civil) die entgegengesetzte Folgerung gezogen werden könnte, wurde die Vorschrift des § für notwendig gehalten. Dass die Gläubiger vertragsmässig (durch die sogen. kassatorische Klausel) ausbedingen, es solle der Zwangsvergleich im Falle der Nichterfüllung für nicht geschlossen gelten, ist, wie auch in den Motiven (S. 426) hervorgehoben wurde, nicht ausgeschlossen.[2]) Eine solche Vereinbarung steht der Aufhebung des Konkursverfahrens in keinem Falle entgegen, da diese nicht wegen der Möglichkeit einer Nichterfüllung unterbleiben darf. Diese letztere

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 607, 608; Fitting S. 375 § 49 Nr. III.; Hullmann S. 330; Scherer, das rhein. Recht S. 217, 218; Stieglitz S. 658; v. Völderndorff Bd. II. S. 624; Willenbücher S. 218 a. E.; v. Wilmowski S. 443. A. M. v. Sarwey S. 817.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 331 § 125 Anm. 10; Fitting S. 359 § 47 Anm. 13; Hullmann S. 330; Meisner S. 362; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 132; v. Sarwey S. 804; Stieglitz S. 659; v. Völderndorff Bd. II. S. 626; Willenbücher S. 219; v. Wilmowski S. 443.

berechtigt aber auch ungeachtet der sogen. „kassatorischen Klausel" weder zum Antrage auf Wiederaufnahme des Konkursverfahrens noch zu einer Klage auf Aufhebung des Zwangsvergleiches. Die Nichterfüllung hat vielmehr in diesem Falle nur die Folge, dass die Gläubiger ihre Forderung wieder im ursprünglichen Betrage geltend machen und wegen neuerdings eingetretener Zahlungsunfähigkeit abermals die Konkurseröffnung beantragen können. Die Aufhebung des Konkursverfahrens kann durch die Vertragsbestimmung nicht rückgängig gemacht werden.[1]) Soweit es sich um Schadenersatz wegen Nichterfüllung handelt, wird durch den § an den Vorschriften des bestehenden Rechtes nichts geändert.

§ 182.

Wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zustande gebracht ist, so kann jeder Gläubiger den vergleichsmässigen Erlass seiner Forderung anfechten, unbeschadet der ihm durch den Vergleich gewährten Rechte.

Die Anfechtung ist nur zulässig, wenn der Gläubiger ohne Verschulden ausserstande war, den Anfechtungsgrund in dem Bestätigungsverfahren geltend zu machen.

(E. § 182; M. S. 427; K. S. 114, 115; pr. K.-O. §§ 203 und 204.)

1) Durch § 182 wird eine nachträgliche Anfechtung des Zwangsvergleiches wegen Betruges gestattet, weil dieser jeden Vertrag und jedes Urteil entkräfte. Es wird aber den Gläubigern nicht, wie nach französischem Rechte (Fallimentsgesetz Art. 518) und wie nach der preussischen Konkursordnung (§ 203) das Recht eingeräumt, auf gänzliche Vernichtung des Zwangsvergleiches zu klagen, sondern es können die einzelnen Gläubiger nur die ihnen widerfahrene Verletzung geltend machen. Bei Bestätigung des Vergleiches standen als die eine Partei dem Gemeinschuldner alle Gläubiger gegenüber; nach Aufhebung des Konkurses steht jeder Gläubiger neben dem andern einzeln und selbständig da. Jeder einzelne Gläubiger kann hienach auch nur den Erlass seiner Forderung anfechten. Im übrigen bleibt der Zwangsvergleich bestehen. Eine Wiederaufnahme des frühern Verfahrens tritt nicht ein. Vielmehr kann nur unter Umständen ein neues Konkursverfahren beantragt werden. Die Klage des einen hat hiernach weder für alle die Hinfälligkeit noch die Unanfechtbarkeit des Vergleiches zur Folge. (M. S. 427.) Gelingt die Anfechtung, so ist der Gläubiger, welcher dieselbe durchgeführt hat, an den dem Gemeinschuldner bewilligten Nachlass nicht weiter gebunden. Dagegen werden ihm die Vorteile aus dem Vergleiche nicht entzogen, weil sonst der gewährte Schutz leicht in Beschädigung umschlagen könnte. Auch eine etwaige Bürgschaftsleistung bleibt bestehen, denn der Bürge, welcher mit den Konkursgläubigern einen Vertrag geschlossen hat, kann aus dem von dem Gemeinschuldner gegen sie verübten Betruge eine Befreiung den Gläubigern gegenüber nicht ableiten. (M. a. a. O.)

2) Nach § 203 der preussischen Konkursordnung war die Klage auf Vernichtung des Zwangsvergleiches wegen Betruges nur gestattet, wenn nach Ablauf der zur Einlegung des Einspruches gegen die Bestätigung bestimmten Frist einer von den im Gesetze ausdrücklich bezeichneten Betrugsfällen entdeckt wurde. In § 182 wird dagegen von einer solchen Beschränkung auf einzelne Betrugsfälle abgesehen. Es genügt der Nachweis, dass der Zwangsvergleich durch irgend welchen Betrug zustande gebracht worden ist, immer zur Begründung

[1]) Vgl. Fitting a. a. O. und S. 376 § 50 Anm. 1; Rintelen, Stieglitz, Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 626.

der Anfechtungsklage. Was im § unter Betrug verstanden wird, wurde in der Reichstagskommission ausführlich erörtert. Jedenfalls ist, wie Hagens hervorhob, darunter etwas anderes, etwas Engeres gemeint als unter der in § 173 Z. 1 gedachten Begünstigung und unlautern Handlungsweise. Zweifellos liegt Betrug im Sinne des § 182 vor, wenn einer der Thatbestände des § 209 Z. 1 und 2 oder des § 211 erwiesen ist. In solchen Fällen ist trotz der §§ 172 und 183 die Anfechtbarkeit von Wert, wenn die rechtskräftige Verurteilung des Schuldigen aus andern Gründen als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann. Aber die Anfechtbarkeit ist weder auf diese Fälle noch auf diejenigen des Betruges im strafrechtlichen Sinne beschränkt. In letzterer Beziehung fand die Zustimmung der ganzen Kommission und der Regierungsvertreter die Auffassung von Hullmann, welcher erklärte, „er halte dafür, dass der Begriff „„Betrug““ in diesem ganz dem Civilrechte angehörigen Gesetze nur in der civilrechtlichen Bedeutung verstanden werden könne. Aber der civilrechtliche und der strafrechtliche Begriff stimmten hinsichtlich des Erfordernisses der Irrtumserregung überein; von einer Verschiedenheit derselben könne nur die Rede sein hinsichtlich der Richtung auf rechtswidrigen Vorteil und hinsichtlich der verursachten Vermögensbeschädigung, indem sich fragen lasse, ob diese Momente für den civilrechtlichen Begriff genau in derselben Formulierung zu erfordern seien, in welchen das Strafgesetzbuch sie präcisiere. Allein gerade bei der hier fraglichen Anwendung auf einen betrügerisch zustande gebrachten Zwangsvergleich werde ein solcher Zweifel nicht entstehen können, da hier als Gegenstand der rechtswidrigen Absicht nur die Abschliessung des Vergleiches in Betracht kommen könne und ebenso die in Betracht kommende Vermögensbeschädigung schon in der blossen Thatsache des Vergleichsabschlusses zu finden sei.“ Hierauf bemerkte Hagens zutreffend: „dass der besondere Nachweis einer Vermögensbeschädigung und einer Absicht des Betrügenden, sich oder dem Gemeinschuldner einen rechtswidrigen Vorteil zu verschaffen, nicht erforderlich sei.“ (K. S. 114, 115.) Einer besondern Feststellung bedarf es in dieser Hinsicht schon deshalb nicht, weil kein Gläubiger einen Zwangsvergleich anfechten wird, der ihm vollständige Befriedigung für seine ganze Forderung verschafft, bei Anwendung des § 182 hienach immer ein solcher Zwangsvergleich in Frage ist, welcher eine Verkürzung der Forderung, also einen Vermögensnachteil für den Gläubiger enthält. Die Herbeiführung dieses Nachteiles durch Erregung oder Benutzung eines Irrtumes beruht notwendig auf rechtswidriger Absicht. Dass der Betrug vom Gemeinschuldner ausging, wird zur Anwendung des § keineswegs vorausgesetzt, Vielmehr genügt es auch, dass der Zwangsvergleich durch eine betrügerische Einwirkung eines an demselben interessierten Dritten, z. B. eines Gläubigers, von dem der Gemeinschuldner gar keine Kenntnis gehabt zu haben braucht, herbeigeführt worden ist. Der sonst im bürgerlichen Rechte geltende Grundsatz, dass nur das betrügerische Verhalten eines Vertragschliessenden die Anfechtung wegen Betruges rechtfertigt, wurde hier nicht festgehalten, weil weder die Wirkungen des Zwangsvergleiches sich auf die vertragschliessenden Personen beschränken, noch das Anfechtungsrecht auf diese beschränkt ist, sondern jeder Konkursgläubiger den Vertrag anfechten kann, gleichviel ob er sich an den Verhandlungen beteiligt hat oder nicht.[1]) Grundsätzlich steht auch dem Gemeinschuldner das Recht zu, den Zwangsvergleich auf Grund der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes anzufechten. Jedoch wird es nicht leicht vorkommen, dass er durch Betrug zum Abschlusse des Vergleiches bestimmt wird. Dass die Täuschung demjenigen Gläubiger gegenüber vorgenommen wurde, welcher die Anfechtungsklage erhebt, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, dass von irgend einer Person ein Irrtum hervorgerufen oder unterhalten wurde, um dadurch den Zwangsvergleich zustande zu bringen, und dass dieser auch lediglich zufolge der be-

[1]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 336 § 126 Anm. 25; Endemann, Konkursverf. S. 608; Fitting S. 376 § 50 Nr. I.; Hullmann S. 332 Nr. 2 a. E.; Meves S. 184; Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 133; v. Sarwey S. 818; v. Völderndorff Bd. II. S. 629; Willenbücher S. 219 Nr. 1b; v. Wilmowski S. 444. A. M. Meisner S. 364.

wirkten Täuschung, also durch Betrug, zustande gebracht worden ist. Wenn die Erregung oder Unterhaltung eines Irrtumes zum Zwecke des Zustandebringens des Zwangsvergleiches und der ursächliche Zusammenhang zwischen der Täuschung und dem Zustandekommen des Vergleiches nachgewiesen ist, so bedarf es hienach einer weitern Begründung der Anfechtungsklage nicht. Es genügt aber nicht, dass einzelne Gläubiger durch Betrug bestimmt wurden, für den Zwangsvergleich zu stimmen. Vielmehr muss feststehen, dass ohne den Betrug der Vergleichsvorschlag die erforderliche Mehrheit nicht erhalten haben würde.

3) Der Betrug, welcher zur Anfechtung des Zwangsvergleiches berechtigt, kann von jedem Gläubiger, der durch den Vergleich berührt wird, geltend gemacht werden, auch wenn derselbe sich an den Vergleichsverhandlungen gar nicht beteiligte oder in der Gläubigerversammlung für den Zwangsvergleich stimmte. (Bem. II. 3 b zu §§ 170 ff. S. 527.) Die Anfechtung kann auf dem Wege der besondern Klage erfolgen, indem der Gläubiger Feststellung des Umstandes verlangt, dass der Zwangsvergleich auf einem Betruge beruhe. Diese Klage kann selbständig oder bei Gelegenheit eines andern Prozesses erhoben werden. (§§ 231 und 253 C.-P.-O.) Der Gläubiger kann aber auch auf Zahlung der ganzen ihm, abgesehen vom Zwangsvergleiche, geschuldeten Summe klagen, oder den Weg der Zwangsvollstreckung betreten und den Einwand, dass ein Teil der Schuld im Zwangsvergleiche nachgelassen sei, durch die Replik entkräften, dass dieser auf einem Betruge beruhe und deshalb für ihn unverbindlich sei.

Die Vorschrift des Abs. 2 entspricht den Bestimmungen des § 545 der C.-P.-O. Die Anfechtung ist hienach auch dann unzulässig, wenn der Gläubiger den Betrug so zeitig erfuhr, dass er mittels sofortiger Beschwerde (§ 174) die Verwerfung des Vergleiches hätte herbeiführen können. Auch die Beschwerdeinstanz bildet einen Teil des Bestätigungsverfahrens. Ein Verschulden kann auch in der Nichtbeteiligung am Vergleichstermine oder am Konkursverfahren überhaupt gefunden werden. Ferner kann das Verschulden des Vertreters den Vertretenen des Anfechtungsrechtes berauben. (§ 210 C.-P.-O.)[1] Dieser Mangel ist aber, da die Zulässigkeit nicht von Amts wegen zu prüfen ist, nur dann zu berücksichtigen, wenn er vom Gegner geltend gemacht wird.[2] Da sich die Anfechtungsklage aus § 182 sehr wesentlich von der actio doli unterscheidet, besonders soweit es sich um den Gegenstand der Klage handelt (Bem. 1), so kann die für die erwähnte Klage gemeinrechtlich geltende Verjährungsfrist von zwei Jahren hier nicht platzgreifen.[3]

§ 183.

Die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts hebt für alle Gläubiger den durch den Zwangsvergleich begründeten Erlass auf, unbeschadet der ihnen durch den Vergleich gewährten Rechte.

Auf Antrag eines Gläubigers kann das Konkursgericht Sicherheitsmassregeln gegen den Gemeinschuldner schon vor der rechtskräftigen Verurteilung desselben anordnen.

§ 184.

Im Falle der rechtskräftigen Verurteilung wird, wenn genügende Masse vorhanden ist, das Konkursverfahren auf Antrag eines Konkursgläubigers wieder aufgenommen.

[1] Vgl. v. Wilmowski S. 445 Nr. 5.
[2] Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 631.
[3] Vgl. v. Sarwey S. 820 Nr. 4a; Willenbücher S. 220 Nr. 4. A. M. Stieglitz S. 662.

Die Wiederaufnahme erfolgt durch Beschluss des Gerichtes. Auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme und die Bekanntmachung derselben finden die Vorschriften der §§ 100, 103, 104, 106 entsprechende Anwendung.

§ 185.

Für die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche in der Zeit von der Aufhebung bis zur Wiederaufnahme des Konkursverfahrens vorgenommen sind, sowie für die in diesem Zeitraume entstandenen Aufrechnungsbefugnisse gilt, wenn nicht inzwischen eine Zahlungseinstellung erfolgt ist, als Tag der Zahlungseinstellung der Tag des ersten die Verurteilung des Gemeinschuldners aussprechenden Urteiles.

§ 186.

An dem aufgenommenen Verfahren nehmen die Gläubiger, für und gegen welche der Vergleich wirksam war, mit dem noch nicht getilgten Betrage ihrer ursprünglichen Forderungen teil.

Die neuen Gläubiger des Gemeinschuldners sind zur Teilnahme an dem Verfahren berechtigt. Dieselben haben keinen Anspruch auf Befriedigung aus einer für die Erfüllung des Zwangsvergleiches bestellten Sicherheit.

§ 187.

Das Verfahren ist soweit als nötig zu wiederholen.

Früher geprüfte Forderungen werden nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung von neuem geprüft.

(E. §§ 183—187; M. S. 427—430; K. S. 115; pr. K.-O. §§ 202 bis 209.)

I. Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts. Wirkungen derselben im allgemeinen. (§ 183.)

Da der betrügliche Bankerutt nach § 162 Z. 2 und § 172 Z. 2 den Abschluss und die Bestätigung eines Zwangsvergleiches ausschliesst, soll die nachträgliche Verurteilung des Gemeinschuldners wegen eines solchen Verbrechens nicht ohne Einfluss auf den vorher abgeschlossenen und rechtskräftig bestätigten Zwangsvergleich sein. Dieselbe hat jedoch nicht die Nichtigkeit des Zwangsvergleiches zur Folge. Vielmehr wird dadurch nur der durch diesen Vergleich begründete Nachlass in derselben Weise aufgehoben, wie es auf Grund der erfolgreichen Anfechtung wegen Betruges geschieht. (Bem. 1 zu § 182 S. 539). Der Eintritt dieser Wirkung setzt aber eine Anfechtung des Zwangsvergleiches nicht voraus. Vielmehr ist dieselbe von Rechts wegen an die Rechtskraft des verurteilenden Erkenntnisses geknüpft. Dass das Gericht schon vor Eintritt der Rechtskraft des verurteilenden

Erkenntnisses, mit welcher der Zwangsvergleich einen Teil seiner Wirkungen verliert und die Wiederaufnahme des Verfahrens zulässig wird, Sicherheitsmassregeln gegen den Gemeinschuldner und zugunsten der Gläubiger treffen kann, hat in den gleichen Erwägungen wie die entsprechende Vorschrift des § 98 ihren Grund. Die Sicherheitsmassregeln können zwar nur auf Antrag eines vom Zwangsvergleiche betroffenen Gläubigers angeordnet werden. Die Anordnungen brauchen sich jedoch nicht auf die Sicherstellung des Antragstellers zu beschränken. Vielmehr können auch solche Massregeln beantragt und getroffen werden, welche zur Sicherung aller Gläubiger dienen.[1]) Da das Gericht in Ansehung der Mittel, durch welche die Sicherung erreicht werden soll, nicht an bestimmte Anträge gebunden ist, wird es sogar dann, wenn der Antragsteller nur seine eigene Sicherstellung beantragt hat, solche Anordnungen treffen dürfen, durch welche sämtliche Gläubiger gesichert werden. Die entgegengesetzte Ansicht wäre nur dann als richtig anzusehen, wenn das Gericht überhaupt nur diejenigen Sicherheitsmassregeln treffen dürfte, welche der Antragsteller unter genauer Bezeichnung vorgeschlagen hat. Dies ist aber nicht der Fall.[2]) Wenn lediglich die Eröffnung eines neuen Konkursverfahrens beantragt wird, so können Sicherheitsmassregeln nur unter den Voraussetzungen des § 98, also nachdem die Eröffnung in zulässiger Weise beantragt worden ist, dann aber von Amts wegen angeordnet werden. Zur Anwendung des § 183 Abs. 2 ist es nicht erforderlich, dass der Gemeinschuldner bereits verurteilt wurde. Vielmehr genügt es, dass eine Untersuchung wegen betrüglichen Bankerutts eingeleitet worden ist, oder deren Einleitung in Aussicht steht. Dass bereits das Hauptverfahren eröffnet ist, wird nicht, wie im Falle des § 162 Z. 2, vorausgesetzt. Das Gesetz enthält eine solche Beschränkung nicht und dieselbe darf umsoweniger in dasselbe hineingetragen werden, als es sich lediglich um Sicherstellung der Gläubiger handelt, welche schon vor der förmlichen Eröffnung des Hauptverfahrens geboten sein kann.[3]) In der Regel wird jedoch das Gericht erst, wenn dieses Verfahren eröffnet und damit eine Verurteilung wenigstens wahrscheinlich gemacht ist, von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen. Gegen die Anordnung der Sicherheitsmassregeln steht dem Gemeinschuldner das Recht der sofortigen Beschwerde zu. Ebenso kann der Antragsteller dieselbe einlegen, wenn sein Antrag abgelehnt wird. Derselbe hat zwar kein Recht auf die Verhängung von Sicherheitsmassregeln, welche im Ermessen des Gerichtes steht. Aber er hat ein Recht auf Entscheidung des Gerichtes und kann diese nach § 66 Abs. 3 angreifen, indem er sich auf das Ermessen des Beschwerdegerichtes beruft.[4]) (Vergl. Bem. III. 2 zu § 66 S. 314.) Die Sache liegt hier anders als bei Anwendung des § 98, weil dort ein Antragsrecht nicht besteht, der Gläubiger, der die Anordnung der Massregel angeregt hat, sonach gar nicht verlangen kann, dass eine Entscheidung getroffen wird. Wird der Gemeinschuldner rechtskräftig freigesprochen, so sind die getroffenen Anordnungen von Amts wegen wieder aufzuheben.

Nach der preussischen Konkursordnung (§ 209) kam der dem Gemeinschuldner bewilligte Nachlass auch dann in Wegfall, wenn ohne Aufhebung des Zwangsvergleiches, jedoch vor vollständiger Erfüllung desselben, ein neuer Konkurs über das Vermögen des Gemeinschuldners eröffnet wurde. Eine derartige Vorschrift wurde aber für ungerechtfertigt gehalten. (M. S. 430.)

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 610; v. Sarwey S. 821; Stieglitz S. 663 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 633; Willenbücher S. 221; v. Wilmowski S. 446 Nr. 2.

[2]) Vgl. Endemann und v. Sarwey a. a. O. A. M. Hullmann S. 333 Nr. 3 und v. Wilmowski a. a. O.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 610; Fitting S. 377 § 50 Anm. 6; v. Sarwey S. 821 Nr. 3; Stieglitz S. 663 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. II. S. 633; Willenbücher S. 221; v. Wilmowski S. 446 Nr. 2. A. M. Hullmann S. 333.

[4]) A. M. Fitting S. 377 § 50 Anm. 6.

II. Wiederaufnahme des Konkursverfahrens. (§§ 184—187.)

1) Wenn auch die rechtskräftige Verurteilung des Gemeinschuldners wegen betrüglichen Bankerutts nach der K.-O. nicht die Folge hat, dass der Zwangsvergleich nichtig wird, so wird doch dadurch der bewilligte Nachlass allen Gläubigern gegenüber kraftlos und es können sich diese wegen ihrer wiederauflebenden Forderungen an das im Zwangsvergleiche freigegebene Vermögen des Gemeinschuldners halten. Deshalb treten in Beziehung auf die Fortsetzung oder Wiederaufnahme des frühern Verfahrens dieselben Wirkungen ein, wie wenn der Zwangsvergleich vollständig unwirksam wäre. Da aber die K.-O. Nichtigkeit des Zwangsvergleiches nicht eintreten lässt und es möglich ist, dass die Gläubiger auch ohne Wiederaufnahme des Verfahrens vollständige Befriedigung erlangen, findet die Wiederaufnahme des Verfahrens nicht, wie nach der preussischen Konkursordnung (§ 206), von Amts wegen statt. Vielmehr bleibt es den Gläubigern überlassen, dieselbe herbeizuführen, und setzt § 184 sonach den Antrag eines Konkursgläubigers (§§ 95, 97) voraus. Auf die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners kommt es hiebei nicht an, da es sich nicht um die Eröffnung eines neuen, sondern um eine Aufnahme des alten Verfahrens handelt. (M. S. 428.) Zur Antragstellung berechtigt sind nur solche Gläubiger, welche an dem frühern Verfahren oder wenigstens an dem Zwangsvergleiche beteiligt waren. Personen, welche erst nach der Aufhebung des Konkursverfahrens Gläubiger geworden sind, können zwar gemäss §§ 95 ff. die Eröffnung des Konkursverfahrens beantragen; damit deren Antrag stattgegeben werden kann, müssen aber die Voraussetzungen des § 97 vorliegen. Es handelt sich dann um ein neues Verfahren, nicht um die Wiederaufnahme des alten.[1]) Die Beschränkung der Wiederaufnahme auf den Fall, dass genügende Masse vorhanden ist, entspricht den Vorschriften der §§ 99 und 190. Dass gemäss § 184 nur das alte Konkursverfahren wieder aufgenommen wird, ist von Wichtigkeit für die Frage, welche Teile des Verfahrens wiederholt werden müssen. (Bem. II. 4.) Die alten Gläubiger dürfen aus dem erwähnten Grunde nach § 186 Abs. 1 ihre Forderungen im ursprünglichen Betrage unter Abrechnung der etwa empfangenen Zahlungen geltend machen, während sie in einem neuen Konkursverfahren, wenn der Zwangsvergleich in Kraft bliebe, die durch denselben bewirkte Minderung gelten lassen müssten. Die Wiederaufnahme muss in denselben Formen geschehen wie die Eröffnung des Konkursverfahrens. Auch gelten bezüglich der Wirkungen derselben für die Verfügungsbefugnisse des Gemeinschuldners (§ 5) dieselben Vorschriften wie hinsichtlich der Eröffnung eines neuen Verfahrens. Wie die Aufhebung, so muss auch die Wiederaufnahme des Verfahrens öffentlich bekannt gemacht werden. Ebenso kommen bezüglich der vor der Wiederaufnahme des Verfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen die Vorschriften der §§ 22 ff. zur Anwendung. (Bem. II. 2.) Übrigens handelt es sich insofern nicht bloss um Aufnahme des alten Verfahrens, als auch die spätern Gläubiger am Verfahren teilnehmen (§ 186 Abs. 2) und mit Rücksicht darauf auch das nach der Bestätigung des Zwangsvergleiches bezw. nach der darauf gefolgten Aufhebung des Verfahrens vom Gemeinschuldner erworbene Vermögen von dem wiederaufgenommenen Verfahren ergriffen wird. (Bem. II. 3.) Sollte es vorkommen, dass zu der Zeit, in welcher der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gestellt wird, der Gemeinschuldner sich bereits auf Grund einer neuen Konkurseröffnung im Konkurse befindet, so müsste dieses Konkursverfahren geschlossen werden bezw. in dem wieder aufgenommenen Verfahren aufgehen. Diesem kommt der Vorrang zu, und es müsste, wenn es sich um Verfahren vor verschiedenen Gerichten handelt, § 64 Abs. 2 zur Anwendung kommen.[2]) Der Beschluss, durch welchen die Wiederaufnahme angeordnet oder abgelehnt wird, kann ebenso mit Beschwerde angefochten werden, wie der Beschluss, durch welchen die Konkurseröffnung ver-

[1]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 610, 611; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 664; Willenbücher S. 221 Nr. 1; v. Wilmowski S. 447. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 634 lit. c.

[2]) Vgl. Fitting S. 378 § 50 Anm. 9; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 664 Anm. b; Willenbücher S. 222 Nr. 5. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 634.

fügt oder abgelehnt worden ist. § 101 der Konkursordnung ist hier entsprechend anzuwenden.[1]) Für das Wiederaufnahmeverfahren wird nach § 58 G.-K.-G. eine volle Gebühr berechnet.

2) Bei Regelung der Frage, welche Wirkung den nach Aufhebung des Konkursverfahrens vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen zukomme, war zu berücksichtigen, dass derselbe in den Besitz seines Vermögens und damit von Rechts wegen in die Befugnis wieder eingesetzt war, über dasselbe zu verfügen (§§ 175, 177). Diese Handlungen konnten deshalb nicht als unwirksam behandelt werden. Dieselben sind an sich rechtsgültig; sie unterliegen nur der Anfechtung nach den §§ 22—34. Hiebei tritt an die Stelle des Zeitpunktes der Konkurseröffnung und des Eröffnungsantrages der Zeitpunkt der Wiederaufnahme und der Antrag auf letztere. Ist der Wiederaufnahme eine neue Zahlungseinstellung vorangegangen, so bleibt diese natürlich massgebend. Andernfalls ist der Tag des ersten, die Verurteilung aussprechenden Urteiles entscheidend. (M. S. 428.) Diese Zeitgrenzen kommen auch in Ansehung der Zulässigkeit einer Aufrechnung in Betracht. (§§ 48, 49.) Hienach können Forderungen, welche nach der ersten Konkurseröffnung entstanden sind, in dem aufgenommenen Verfahren zur Aufrechnung verwendet werden, wenn sie vor der Wiederaufnahme begründet wurden.[2]) Neben den alten Konkursgläubigern können auch die alten Massegläubiger ihre Forderungen geltend machen, soweit dieselben nicht befriedigt worden sind, und zwar gelten diese Forderungen als Masseforderungen, gleichviel ob dieselben sichergestellt worden sind oder nicht.[3]) Auch die Vorrechte behalten in dem wiederaufgenommenen Verfahren ihre Bedeutung.

3) Dass die alten durch den Zwangsvergleich betroffenen Forderungen, soweit sie nicht bereits getilgt sind, in dem wiederaufgenommenen Verfahren ihrem vollen Umfange nach geltend gemacht werden können, ist eine notwendige Folge des § 182. Auch ergiebt sich aus der Auffassung, dass nicht etwa der Zwangsvergleich als nicht geschlossen und die Aufhebung des Konkurses als nicht geschehen gilt, sondern nur der dem Gemeinschuldner bewilligte Erlass als fortfallend zu betrachten ist, von selbst, dass die Gläubiger nicht verpflichtet sind, die Zahlungen, welche sie auf Grund des Zwangsvergleiches erhalten haben, zur Masse zurückzugewähren. Der Gläubiger hat nicht den ursprünglichen Betrag seiner Forderung, sondern lediglich den noch ungetilgten Betrag im Verfahren geltend zu machen. Die von ihm empfangenen Zahlungen bleiben ebenso, wie die an spätere Gläubiger geleisteten, wirksam. Nur wenn eine solche Zahlung nach §§ 22 ff. der Anfechtung unterliegt, kann der empfangene Betrag dem Gläubiger wieder entzogen werden.

Das Recht zur Teilnahme an dem wiederaufgenommenen Verfahren konnte auf die alten Forderungen, welche schon zur Zeit der Eröffnung des aufgehobenen Konkurses bestanden, nicht beschränkt bleiben, weil die Ausschliessung der neuen Gläubiger, deren Forderungen in der Zeit bis zur Wiederaufnahme entstanden sind, dem Rechte widersprochen und den Kredit in bedenklicher Weise gefährdet haben würde. Diese Gläubiger waren berechtigt, der Verfügungsbefugnis des Schuldners und seinem Vermögen zu trauen, gleichviel ob dieses oder jenes Stück vordem zur Konkursmasse gehört hatte oder nicht. Darum würde auch eine Absonderung dieser ältern Stücke zugunsten der alten Gläubiger ungerecht, ausserdem praktisch undurchführbar gewesen sein. Die neuen Gläubiger haben jedoch keinen Anspruch auf eine den alten durch den Vergleich bestellte besondere Sicherheit; in Ansehung dieser stehen ihnen die alten Gläubiger wie sonstige Absonderungsberechtigte gegenüber. (M. S. 429.) Die abgesonderte Befriedigung kann von den letzteren jedoch nur für diejenigen Beträge gefordert werden, welche auf Grund des Zwangsvergleiches geschuldet wurden, denn nur für diese Beträge wurde Sicherheit

[1]) Vgl. Fitting S. 378 § 50 Anm. 9; Willenbücher S. 222 Nr. 4.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 636, 637.

[3]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 612; Fitting S. 379 § 50 Anm. 14; Fuchs S. 154; Stieglitz S. 667 Nr. I.; v. Völderndorff Bd. II. S. 640; Wengler S. 641; v. Wilmowski S. 448.

bestellt. Beträgt der Erlös aus einem zur Sicherung des Zwangsvergleiches bestellten Pfande mehr als die Forderungen, welche durch dasselbe sichergestellt werden sollten, so muss hienach der Überschuss in die zur Befriedigung aller Konkursgläubiger bestimmte Masse eingeworfen werden. Die neuen Gläubiger haben übrigens nicht bloss das Recht, an dem wiederaufgenommenen Verfahren teilzunehmen, sondern sie müssen dies thun, wenn sie aus dem vorhandenen Vermögen befriedigt sein wollen. Auch kommen in Ansehung derselben die Bestimmungen der §§ 10 ff. zur Anwendung. Diesen Gläubigern stehen die an dem frühern Verfahren beteiligten Gläubiger in Beziehung auf die inzwischen aufgelaufenen Zinsen und Kosten gleich, welche nicht ungünstiger behandelt werden dürfen als Zinsen und Kosten aus andern Forderungen.[1]) Ausgeschlossen von dem Verfahren sind dagegen diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit der Wiederaufnahme des Verfahrens noch nicht begründet waren. (§ 2.) Dass sich das wiederaufgenommene Konkursverfahren auch auf das nach der Aufhebung des Verfahrens erworbene Vermögen des Gemeinschuldners in dem durch § 1 begrenzten Umfange erstreckt, ist im Gesetze nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber nach der Vorschrift des § von selbst.[2])

4) Die Vorschrift des § 187 bildet einen weitern Beleg dafür, dass ungeachtet der Mitwirkung neuer Gläubiger und der dadurch bedingten Erweiterung der Konkursmasse nicht ein neues Verfahren, sondern nur die Wiederaufnahme und Fortsetzung des durch den Zwangsvergleich beendigten Konkursverfahrens in Frage steht, und dass alles, was in diesem Verfahren vorgenommen wurde, in Kraft bleibt. (Vergl. auch M. S. 428.) Eine Wiederholung der bereits vorgenommenen Handlungen ist nur insoweit erforderlich, als besondere Gründe, z. B. veränderte Umstände, dies notwendig machen. Hieraus ergiebt sich vor allem, dass diejenigen Gläubiger, welche ihre Forderungen bereits früher angemeldet hatten, dieselben nicht nochmals anzumelden brauchen, sondern eine Anmeldung nur dann erforderlich ist, wenn von einem solchen Gläubiger eine neue Forderung geltend gemacht wird.[3]) Dass bereits geprüfte und festgestellte Forderungen nur dann von neuem zu prüfen sind, wenn behauptet wird, sie seien seit der Feststellung ganz oder teilweise getilgt worden, ergiebt sich gleichfalls aus dem aufgestellten Satze und ist auch in Abs. 2 des § ausdrücklich bestimmt. In diesem Falle ist es jedoch Sache des Bestreitenden, die Feststellung zu betreiben, da dem Gläubiger, dessen Forderung bestritten wird, ein vollstreckbarer Titel zur Seite steht.[4]) Ist eine Forderung früher zwar geprüft aber nicht festgestellt worden, weil gegen dieselbe Widerspruch erhoben wurde, so äussert dieser Widerspruch auch in dem wiederaufgenommenen Verfahren seine Wirkung.[5]) Solange die Tilgung nicht behauptet ist, hat es hienach bei der erfolgten Feststellung sein Bewenden. Wird aber vom Verwalter oder einem Konkursgläubiger (§ 132) gegen die Forderung Widerspruch erhoben, weil eine Tilgung derselben erfolgt sei, so ist sie damit streitig geworden und eine neue Prüfung derselben erforderlich. Bleibt eine bereits festgestellte Forderung mit Rücksicht auf die behauptete Tilgung streitig, so muss mit Rücksicht auf die der Eintragung in die Tabelle beigelegte Wirkung (§ 133 Abs. 2) die Vorschrift des § 134 Abs. 6 zur Anwendung kommen. Es liegt sonach dem Widersprechenden ob, den Widerspruch zu verfolgen. Zu den Handlungen, welche nicht ohne weiteres zu wiederholen sind, ist auch die Bestellung des

[1]) Vgl. Stieglitz S. 667 Nr. III.; v. Völderndorff Bd. II. S. 639.

[2]) Vgl. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 336 § 126 Nr. 11; Endemann, Konkursverf. S. 612; Fitting S. 379 § 50 Text zu Anm. 12; König S. 97; Meves S. 185; v. Sarwey S. 822; Stieglitz S. 665 Nr. I.; v. Völderndorff Bd. II. S. 635; Willenbücher S. 221 Nr. 2; v. Wilmowski S. 447.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 613; Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 84; Fitting S. 380 § 50 Text zu Anm. 18; Hullmann S. 337; König S. 98; v. Sarwey S. 826, 827; Stieglitz S. 669; v. Völderndorff Bd. II. S. 642 Anm. 3; Wengler S. 642; Willenbücher S. 222; v. Wilmowski S. 449 Nr. 1 und 2. A. M. Rintelen Bd. III. Abt. 2 S. 134.

[4]) Oetker, Konkursrechtl. Fragen S. 75, 88.

[5]) Oetker a. a. O. S. 84.

Verwalters und eines Gläubigerausschusses zu rechnen. Daraus, dass nicht ein neues Verfahren eingeleitet, sondern nur die Aufhebung des frühern Verfahrens rückgängig gemacht wird (Bem. II. 1), ergiebt sich, dass die für dieses Verfahren bestellten Organe ihre Thätigkeit ohne weiteres wieder aufzunehmen und bis zur Beendigung des Verfahrens fortzusetzen haben. Die Ernennung des Verwalters liegt ohnedies ganz in der Hand des Gerichtes (Bem. I. 1 zu §§ 70 ff. S. 320) und ein Recht auf Wiederholung des in § 72 vorgesehenen Vorschlages haben die neuen Gläubiger ebensowenig wie im regelmässigen Verfahren diejenigen Gläubiger, welche mit oder ohne ihr Verschulden erst nach der ersten Gläubigerversammlung an dem Verfahren teilnehmen konnten. Ebenso wie bezüglich des Verwalters liegt die Sache hinsichtlich des Gläubigerausschusses. Die später in das Verfahren eingetretenen Gläubiger können gemäss § 84 den Widerruf der Bestellung der einzelnen Ausschussmitglieder beantragen; aber sie haben kein Recht auf eine Wiederholung der Wahl.[1])

Gleichzeitig mit dem Wiederaufnahmebeschluss ist neuerdings offener Arrest zu erlassen, eine neue Anmeldungsfrist (für die neuen Gläubiger) und ein allgemeiner Prüfungstermin anzuberaumen. Auch sind die hierdurch veranlassten Bekanntmachungen (§ 103) und die in den §§ 104, 106 und 111 vorgesehenen Anzeigen zu bewirken. Ein dem § 119 entsprechender Bericht ist den Gläubigern im neuen Wahltermine oder, wenn ein solcher nicht stattfindet, im allgemeinen Prüfungstermine zu erstatten. Die Aufzeichnung und das Inventar (§§ 113, 114) sind zu berichtigen. Auch ist eine Bilanz aufzustellen. Ferner kann die wiederholte Leistung des Offenbarungseides gefordert werden, da der Umfang der Masse, zu welcher jetzt auch das neuerworbene Vermögen gehört, sich geändert hat. Ein neuer Zwangsvergleich ist unzulässig. (§ 162 Z. 2 und 3.) Dagegen kann das Verfahren eingestellt werden. Vor der Aufhebung des Verfahrens ist neuerdings ein Schlusstermin abzuhalten.

Siebenter Titel.

Einstellung des Verfahrens.

(§§ 188—192.)

Vorbemerkungen.

Die Konkursordnung kennt zwei Arten der Beendigung des Konkursverfahrens, nämlich die „Aufhebung" und die „Einstellung". Die Aufhebung des Verfahrens greift in denjenigen Fällen Platz, in welchen die Befriedigung der Gläubiger auf dem Wege der Schlussverteilung oder des Zwangsvergleiches (§§ 151, 175) stattgefunden hat, der Zweck des Verfahrens demnach soweit thunlich erreicht worden ist. Ausserdem wird der Ausdruck in § 105 gebraucht, wo von der Aufhebung des Verfahrens zufolge einer den Eröffnungsbeschluss aufhebenden Entscheidung gehandelt wird. „Einstellung" erfolgt in jenen Fällen, in welchen von der an sich zulässigen Durchführung des Verfahrens abgesehen wird, weil dies alle Beteiligten verlangen, oder weil es sich herausstellt, dass eine zur Befriedigung der Gläubiger verwendbare Masse nicht vorhanden, die Fortsetzung des Verfahrens also zwecklos ist. Von dem ersten Falle wird in den §§ 188, 189, von dem zweiten im § 190 gehandelt. Die §§ 191 und 192 enthalten allgemeine Bestimmungen für beide Fälle der Einstellung. Unter die Vorschriften der §§ 188 und 189 fällt auch ein Konkursverfahren,

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 613; Fitting S. 380 § 50 Text zu Anm. 19; Hullmann S. 337; König S. 98; v. Sarwey S. 820 Nr. 1; Stieglitz S. 668; Willenbücher S. 222; v. Wilmowski S. 449 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 641 Anm. 1 und anscheinend auch Wengler S. 642, 643.

das zufolge der Befriedigung sämtlicher Gläubiger beendigt werden soll. Auch in einem solchen muss der Einstellungsbeschluss gemäss § 189 erwirkt werden. Dass die befriedigten Gläubiger nicht mehr Konkursgläubiger sind, hat auf das Verfahren keinen Einfluss, sondern bewirkt nur, dass sie der Einstellung nicht widersprechen dürfen.[1]) Eine besondere Vorschrift gilt für die Einstellung des Konkursverfahrens über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft. Nach § 109 Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften ist die Einstellung auf Grund der Zustimmung der Gläubiger erst zulässig, nachdem der Vollzug der Schlussverteilung begonnen hat. Die Einstellung wegen mangelnder Masse kann im Genossenschaftskonkurs mit Rücksicht auf die Nachschusspflicht der Genossenschafter nicht wohl vorkommen. (§ 93 Abs. 3 u. §§ 98 ff. des Gen.-Ges.) In § 109 ist auch nicht von verschiedenen Arten der Einstellung die Rede.

§ 188.

Das Konkursverfahren ist auf Antrag des Gemeinschuldners einzustellen, wenn er nach dem Ablaufe der Anmeldefrist die Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, beibringt. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen angemeldet aber nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

Das Verfahren kann auf Antrag des Gemeinschuldners vor dem Ablaufe der Anmeldefrist eingestellt werden, wenn ausser den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, andere Gläubiger nicht bekannt sind.

§ 189.

Der Antrag ist öffentlich bekannt zu machen und mit den zustimmenden Erklärungen auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Konkursgläubiger niederzulegen. Die Konkursgläubiger können binnen einer mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnenden Frist von einer Woche Widerspruch gegen den Antrag erheben. Im Falle des § 188 Abs. 1 steht der Widerspruch jedem Gläubiger zu, welcher bis zum Ablaufe der Frist eine Forderung angemeldet hat.

Das Gericht beschliesst über die Einstellung nach Anhörung des Gemeinschuldners und des Verwalters. Im Falle eines Widerspruches ist auch der widersprechende Gläubiger zu hören.

(E. §§ 188, 189; M. S. 435—437; K. S. 115; pr. K.-O. § 210.)

1) Mit Rücksicht auf die strengen Anforderungen, welche die Konkursordnung an einen Zwangsvergleich stellt, und auf den Ausschluss eines Vergleichsverfahrens zur Abwehr der Konkurseröffnung wurde bei Aufstellung des Entwurfes auf die Wirksamkeit ausser-

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 827, 828; v. Völderndorff Bd. II. S. 643, 644; Willenbücher S. 224 Nr. 4; v. Wilmowski S. 452 Nr. 3.

gerichtlicher Vergleiche besondere Rücksicht genommen. Die Vergleichsverhandlungen sollen zwar die Gläubiger in der Verfolgung ihrer Rechte nicht hindern und deshalb auch den Fortgang des Konkursverfahrens nicht aufhalten. Dem Gemeinschuldner wurde aber das Recht eingeräumt, mit Zustimmung aller Beteiligten die Einstellung des Konkursverfahrens zu verlangen. Die Wirkungen des Nachlasses, welcher in einem aussergerichtlichen Vergleiche gewährt wurde, sowie des hiebei gemachten Vorbehaltes der Rechte gegen Mitschuldner und Bürgen ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[1]) Der Antrag auf Einstellung kann auch von dem flüchtigen Gemeinschuldner gestellt werden, da es an einer dem § 162 Z. 1. entsprechenden Vorschrift fehlt.[2]) Von Amts wegen kann das Gericht die Einstellung auf Grund des § 188 nicht anordnen, ebensowenig auf Antrag des Verwalters oder eines Gläubigers. Die Konkursordnung geht von dem Grundsatze aus, dass die Einstellung zu jeder Zeit erfolgen könne, dass aber die Einwilligung aller vorhandenen Konkursgläubiger dazu erbracht sein müsse.

Je nachdem die Anmeldefrist abgelaufen ist oder nicht, wird es mit Prüfung der Frage, ob alle Konkursgläubiger ihre Zustimmung gegeben haben, leichter oder strenger genommen. Im ersten Falle ist auf diejenigen Gläubiger, welche die Anmeldefrist versäumt haben, keine Rücksicht zu nehmen. Der Grundsatz der thatsächlichen Ausschliessung (Bem. III. 1 zu §§ 139 ff. S. 471) findet auch hier Anwendung; aber auch hier ist eine Frist zur Nachholung der versäumten Anmeldung gegeben. (§ 189.) Der Widerspruch eines einzigen Gläubigers, dessen Forderung angemeldet und festgestellt worden ist, genügt, um die Einstellung auszuschliessen und zwar derart, dass auch durch eine Sicherstellung der Widerspruch seine Wirkung nicht verliert. Das Gericht hat von Amts wegen zu prüfen, ob die Forderung des widersprechenden Gläubigers angemeldet worden und ob dieselbe nach den §§ 2 und 56 als Konkursforderung anzusehen ist. Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so darf der Widerspruch nicht berücksichtigt werden.[3]) Soweit eine angemeldete Forderung nicht festgestellt ist, entscheidet das freie Ermessen des Gerichtes darüber, inwieweit es der Zustimmung oder Sicherstellung des Gläubigers bedarf. Ebenso ist dieses Ermessen in Ansehung der unter Abs. 2 gehörigen Fälle bezüglich der Frage massgebend, ob ausser den Gläubigern, deren Zustimmung der Gemeinschuldner beibringt, noch andere Gläubiger als bekannt anzusehen sind. Das vom Gemeinschuldner gemäss § 96 Abs. 2 eingereichte Gläubigerverzeichnis, die Bücher und Schriften des Gemeinschuldners, die Anmeldungen und namentlich die eintretenden Verhandlungen gewähren dem Gerichte eine hinreichende Grundlage. Im übrigen können gemäss § 67 Ermittelungen angestellt werden. Auch hier kann die Zustimmung eines Gläubigers, dessen Forderung festgestellt ist, nicht durch Sicherstellung ersetzt werden. Es fehlt vielmehr, wenn die Zustimmung verweigert wird, an einem notwendigen Erfordernis der Einstellung. (Vgl. dagegen M. a. a. O.)[4]) Andererseits kann auch die Ansicht nicht als zutreffend angesehen werden, dass die Vorschrift des Abs. 1, nach welcher die Zustimmung unter Umständen durch Sicherstellung ersetzt werden kann, auf den in Abs. 2 vorgesehenen Fall nicht anwendbar sei. Nach dem Gesetze soll offenbar nur denjenigen Gläubigern, deren Forderungen angemeldet und festgestellt sind, ein unbedingtes Widerspruchsrecht zustehen. Ist es ungewiss, ob eine Forderung angemeldet und anerkannt wird, so soll dieselbe ebenso behandelt werden wie die zwar angemeldeten, aber noch nicht geprüften oder bestrittenen Forderungen.[5])

[1]) Vgl. O.-L.-G. Colmar 2. Jan. 1888 und R.-G. (II.) 20. April 1888, jur. Zeitschrift für E.-L. Bd. 14 S. 1 ff.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 671 Nr. II. 1; v. Völderndorff Bd. II. S. 646.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 647; Willenbücher S. 224 Nr. 4; v. Wilmowski S. 451.

[4]) So auch Endemann, Konkursverf. S. 615; Fitting S. 385 § 51 Anm. 18; v. Völderndorff, Bd. II. S. 650 (vgl. aber auch S. 655 lit. f); v. Wilmowski S. 451, 452, 453 Nr. 4. A. M. Hullmann S. 339 Nr. 6; Willenbücher S. 224 Nr. 3a.

[5]) Vgl. Fitting S. 382 § 51 Anm. 6; v. Wilmowski S. 453. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 651.

Abs. 2 des § 188 hat nur den Fall im Auge, dass der Einstellungsbeschluss vor Ablauf der Anmeldefrist ergehen kann. Ist derselbe bis dahin nicht erfolgt, so ist die Vorschrift gegenstandslos. Es ist dann nur Abs. 1 des § massgebend.[1]) Der Umstand, dass ein Zwangsvergleichsverfahren eingeleitet wurde, steht der Einstellung nicht im Wege.

2) Die Begrenzung des Kreises der Beteiligten und ihres Widerspruches machte es notwendig, dass denselben volle Gelegenheit gegeben werde, ihre Rechte geltend zu machen. Ausser der öffentlichen Bekanntmachung des Antrages muss derselbe deshalb mit den zustimmenden Erklärungen, für welche es einer besondern Form oder Beglaubigung nicht bedarf, zur Einsicht und Prüfung offen gelegt werden. Mit der öffentlichen Bekanntmachung beginnt eine nach § 68 zu berechnende Frist, innerhalb welcher die Gläubiger der Einstellung widersprechen und zugleich, falls der Ablauf der Anmeldefrist es nach § 188 Abs. 1 erforderlich macht, ihre Forderung noch anmelden können. Die Abmessung der Frist auf eine Woche erschien nicht als zu gering, weil auch ohne Widerspruch das Gericht von Amts wegen zu prüfen hat, ob die Erfordernisse des § 188 zur Einstellung des Verfahrens vorliegen. Der fruchtlose Ablauf der Frist hat nur im Falle des § 188 Abs. 1 den Ausschluss der Gläubiger zur Folge, welche es unterlassen haben, ihre Forderungen anzumelden. Das Gericht kann auch hier auf Grund des § 67 Ermittelungen anordnen, den Gläubigerausschuss hören, die Interessen nicht vertretener Gläubiger wahren und dem Gemeinschuldner auf Antrag (§ 115) den Offenbarungseid abnehmen. Der Beschluss ist gemäss § 66 allen Beteiligten, d. h. den Gläubigern, dem Verwalter und dem Gemeinschuldner, zuzustellen. Lehnt das Gericht die Einstellung ab, so steht dem Gemeinschuldner das Recht der Beschwerde zu. Wird dem Antrage stattgegeben, so kann jeder einzelne Konkursgläubiger Beschwerde einlegen. Dem Verwalter, der hier eine ähnliche Stellung einnimmt wie bei dem Zwangsvergleiche, steht dagegen dieses Rechtsmittel nicht zu, da es bei der Einstellung lediglich darauf ankommt, ob sich der Gemeinschuldner mit allen Gläubigern geeinigt hat. (M. S. 437.)[2])

Daraus, dass eine besondere Beglaubigung der Zustimmungserklärungen nicht vorgeschrieben ist, folgt nicht, dass das Gericht die Echtheit der Unterschrift nicht prüfen darf. Dasselbe ist vielmehr berechtigt, wenn in dieser Beziehung Zweifel bestehen, eine Erklärung zu beanstanden und Ermittelungen darüber anzustellen, ob dieselbe wirklich von dem in Frage stehenden Gläubiger herrührt. Das Gesetz hat nur von einer Verpflichtung des Gemeinschuldners und des Gerichtes abgesehen, in allen Fällen eine besondere Beglaubigung beizubringen bezw. zu verlangen.[3]) Die Verpflichtung des Gerichtes, von Amts wegen zu prüfen, ob die Zustimmung aller vorhandenen Gläubiger vorliege, erstreckt sich, falls die Anmeldefrist verstrichen ist, lediglich auf die Feststellung der Thatsache, ob alle Gläubiger, deren Forderungen angemeldet worden sind, ihre Zustimmung erklärt haben. Das Recht des Widerspruches geht nicht schon durch Ablauf der vorgesehenen Frist von einer Woche, sondern erst dadurch verloren, dass die Einstellung beschlossen worden ist. Diese Frist hat sonach nur die Bedeutung, dass das Gericht abwarten muss, ob innerhalb derselben Widerspruch erhoben wird. Von einer Ausschliessung des Widerspruches ist umsoweniger die Rede, da von Amts wegen geprüft werden muss, ob alle angemeldeten Gläubiger zugestimmt haben. Dies gilt auch dann, wenn der Schlussatz des § 189 Abs. 1 Anwendung gefunden hat, denn dieser Satz sagt nur, dass innerhalb der Frist zum Widerspruche die bisher versäumte Anmeldung nachgeholt werden kann. Man kann höchstens sagen, dass ein Gläubiger, der die Anmeldefrist und die Widerspruchsfrist versäumt hat,

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 614; Stieglitz S. 671 Nr. II. 2; v. Völderndorff Bd. II. S. 646 lit. d; Wengler S. 645; v. Wilmowski S. 452 Nr. 2. A. M. v. Sarwey S. 830 Nr. 6a.

[2]) Vgl. Fitting S. 387 § 51 Anm. 22; v. Sarwey S. 834 Nr. 5; Stieglitz S. 675 Nr. II.; v. Wilmowski S. 455. A. M. Endemann a. a. O. S. 620; v. Völderndorff Bd. II. S. 661.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 614; Hullmann S. 339 Nr. 5; Stieglitz S. 672 Nr. III.; Willenbücher S. 224 Nr. 4; v. Wilmowski S. 452 Nr. 3. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 647, 648.

nicht zu den Gläubigern gehört, welche Forderungen angemeldet haben. (§ 188 Abs. 1.) Aber in Ansehung der Befugnis zum Widerspruche, welche nach § 189 allen „Konkursgläubigern“ zusteht, besteht ein Unterschied nicht. Nimmt man an, dass der Widerspruch grundsätzlich bis zum Erlasse des Einstellungsbeschlusses nachgeholt werden kann, so besteht auch kein Grund, dieses Recht den Gläubigern zu entziehen, welche ihre Forderungen erst nach Ablauf der Anmeldefrist angemeldet haben. Diese Gläubiger, denen mit dem Rechte zum Widerspruche auch das Beschwerderecht entzogen würde, können ihren Widerspruch ja auch darauf stützen, dass ein anderer Gläubiger nicht zugestimmt habe.[1]) In der Beschwerdeinstanz kann der versäumte Widerspruch ebensowenig nachgeholt werden wie der Antrag auf Verwerfung des Zwangsvergleiches. (Vgl. Bem. II. 3b zu §§ 170 ff. S. 527.)[2]) Steht die Thatsache fest, so ist das Gericht nicht berechtigt, den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen, weil feststehendermassen noch andere Gläubiger vorhanden sind. Es hat vielmehr diesen nur gemäss § 189 Gelegenheit zu geben, ihre Forderungen noch nachträglich anzumelden. Auch ist, wenn ein Teil der angemeldeten Forderungen streitig geblieben war, zu prüfen, ob die fehlende Zustimmung derselben oder die Sicherstellung der Gläubiger verlangt werden muss. Läuft die Anmeldungsfrist noch, so muss das Gericht dagegen in allgemeiner Weise prüfen, ob noch weitere Gläubiger vorhanden sind, und hat, wenn sich dies herausstellt und die Zustimmung der ermittelten Gläubiger nicht beigebracht wird, entweder den Antrag auf Einstellung zurückzuweisen oder Sicherstellung dieser Gläubiger zu verlangen. Im Falle des § 188 Abs. 2 steht es im Ermessen des Gerichtes, ob es die Einstellung verfügen oder den Ablauf der Anmeldefrist abwarten will. Die abweichende Fassung in Abs. 2 („kann“ statt „ist“) bezieht sich allerdings zunächst auf den Zeitpunkt der Einstellung, welche ausnahmsweise auch vor dem Ablaufe der Anmeldefrist erfolgen kann. Aber es ist eben in das Ermessen des Gerichtes gestellt, ob es mit Rücksicht darauf, dass die bekannten Gläubiger zugestimmt haben, von dem gewöhnlichen Verfahren abweichen will. In diesem Falle besteht immer die Gefahr, dass noch weitere Gläubiger vorhanden sind, welche nicht zugestimmt haben. Deshalb ist dem Gerichte eine freiere Stellung eingeräumt worden. Wäre das Gericht gezwungen, in allen Fällen, in welchen ihm weitere als die zustimmenden Gläubiger nicht bekannt sind, die Einstellung anzuordnen, obgleich es sehr leicht möglich, ja wahrscheinlich ist, dass noch weitere Forderungen bestehen, so würden die Gläubiger häufig geschädigt, obgleich sie ihre Forderungen rechtzeitig anmelden.[3]) Auch ein Gläubiger, welcher seine Zustimmung zur Einstellung erklärt hat, kann gegen dieselbe Widerspruch erheben. Dadurch wird die erteilte Zustimmung nicht hinfällig. Der Gläubiger kann aber geltend machen, dass die Zustimmung anderer Gläubiger fehle.[4]) Der erhobene Widerspruch kann von dem Gläubiger einseitig zurückgezogen werden, nicht aber die erteilte Zustimmung, durch welche der Gläubiger eine materielle Verfügung zugunsten des Gemeinschuldners getroffen hat. Das Recht, die Echtheit oder Rechtswirksamkeit einer vorgelegten Zustimmungserklärung anzufechten, ist unabhängig vom Rechte des Widerspruches.[5]) Auch wenn die Anmeldefrist noch nicht verstrichen ist, sonach § 188 Abs. 2 zutrifft, darf die Einstellung übrigens nicht ohne weiteres verfügt, sondern muss nach Vorschrift des § 189 Abs. 1 verfahren werden. Insbesondere darf

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 654 Anm. 6; Willenbücher S. 225 Nr. 3. A. M. Endemann, Konkursverf. S. 617, 618; Fitting S. 384 § 51 Nr. I. 2, S. 387 Anm. 22; v. Sarwey S. 832 Nr. 3; Stieglitz S. 674; v. Wilmowski S. 454.

[2]) Vgl. dag. Stieglitz S. 675; v. Wilmowski S. 455.

[3]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 615, 616; Fitting S. 386 § 51 Anm. 21; v. Sarwey S. 833 Nr. 4 Bem. 3. A. M. Hullmann S. 339; v. Völderndorff Bd. II. S. 650, 651; Willenbücher S. 225 Nr. 7; v. Wilmowski S. 452.

[4]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 617; v. Sarwey S. 831, 832 Nr. 2 und 3; Willenbücher S. 225 Nr. 5; v. Wilmowski S. 454. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 654.

[5]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 617; Fitting S. 385 § 51 Anm. 18; Willenbücher S. 225 Nr. 5; v. Wilmowski S. 454.

der Antrag nicht ohne die in § 189 vorgesehene Bekanntmachung und Niederlegung zurückgewiesen werden, weil nicht die Zustimmung aller Gläubiger beigebracht worden ist. Das Gesetz macht die Einleitung des in § 189 vorgesehenen Verfahrens nicht von der sofortigen Erfüllung aller nach § 188 erforderlichen Vorbedingungen abhängig, und in den Motiven (S. 437) wurde bemerkt, über den Antrag des Gemeinschuldners dürfe nicht „im Wege blosser Dekretur, ohne ein Verfahren mit den Interessenten“ entschieden werden. Es würde auch nicht zweckmässig sein, wenn der Antrag zurückgewiesen würde, obgleich die fehlenden Zustimmungserklärungen nachgebracht oder durch Sicherstellung ersetzt werden können.[1]) Sollte der Gemeinschuldner nur die Zustimmung eines kleinen Teiles der Gläubiger beigebracht haben, was aber kaum vorkommen wird, so kann wohl die Bekanntmachung verschoben und der Gemeinschuldner auf die Notwendigkeit der Ergänzung oder die Aussichtslosigkeit seines Antrages aufmerksam gemacht werden.[2]) Die Kosten des Verfahrens trägt im Falle der Einstellung der Gemeinschuldner, dem die Masse nur nach Abzug der gerichtlichen Kosten herausgegeben wird. Die Gebühren sind in diesem Falle nach § 51 Z. 3—5 G.-K.-G. zu berechnen. Für den Fall der Ablehnung des Antrages fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung. Eine Gebühr ist in diesem Falle nicht zu erheben. Die Auslagen des Gerichtes sind als Kosten des gemeinschaftlichen Verfahrens zu behandeln und ebenso wie die übrigen Massekosten (§ 51 Z. 1) zu decken.[3])

3) Durch die Einstellung wird das Konkursverfahren nicht bloss vorläufig, sondern endgültig erledigt. (Vgl. Vorbem. S. 547.) Von einer Wiederaufnahme des Verfahrens ist hienach hier sowenig wie in denjenigen Fällen die Rede, in welchen das Verfahren nach erfolgter Schlussverteilung aufgehoben worden ist. Die Einstellung steht aber auch einem Antrage auf Eröffnung eines neuen Konkursverfahrens ebensowenig im Wege als die „Aufhebung“. Ein derartiger Antrag kann selbst von einem solchen Gläubiger gestellt werden, welcher der Einstellung des frühern Verfahrens zugestimmt hatte.[4]) Jedoch muss derselbe glaubhaft machen, dass er noch Gläubiger ist. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass der Schuldner sich neuerdings im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet. (§§ 94 und 97.) Ist diese Voraussetzung gegeben, so kann dem Antragsteller seine frühere Erklärung, in welcher er der Einstellung des Verfahrens zustimmte, nicht entgegengehalten werden, denn er hatte der Einstellung jedenfalls nur unter der Voraussetzung zugestimmt, dass es dem Gemeinschuldner gelinge, ihn auf gütlichem Wege zu befriedigen.[5])

§ 190.

Das Gericht kann das Konkursverfahren einstellen, sobald sich ergiebt, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden ist.

(E. § 190; M. S. 437; K. S. 115.)

Wie die Eröffnung des Konkursverfahrens wegen zu geringer Masse abgelehnt werden kann (§ 99), so ist das Verfahren einzustellen, wenn sich erst im Laufe desselben ergiebt, dass die Konkursmasse nicht den Kosten entspricht und für die vorrechtslosen Konkursgläubiger nichts übrig bleibt. Das Verfahren bis zu einer formellen Schluss-

[1]) Vgl. Stieglitz S. 673 Anm. b. A. M. v. Sarwey S. 832 Nr. 3a und v. Völderndorff Bd. II. S. 652.

[2]) Vgl. v. Sarwey und v. Völderndorff a. a. O.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 656.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 10. Nov. 1885, jur. Wochenschr. 1886 S. 55 ff.

[5]) Vgl. dagegen Herzog in der jur. Wochenschr. 1886 S. 56 ff. bes. S. 60 ff.

verteilung durchzuführen, hätte den Nachteil gehabt, den Gemeinschuldner noch länger in seiner Erwerbsthätigkeit zu hemmen, die Gläubiger vom Zugriff auf das neue Vermögen des Gemeinschuldners und Dritte von neuen Geschäften mit demselben fern zu halten. Deshalb wurde dem Gerichte die Befugnis zur Einstellung eingeräumt, welche in jedem Zeitpunkte, auch vor dem Prüfungstermine und vor einer Verwertung der Masse, erfolgen kann und auch erfolgen muss, wenn die Voraussetzungen des § vorliegen. Eines besondern Antrages hiezu bedarf es nicht. (M. S. 437.) Dass in den Motiven die Einstellung auch hinsichtlich derjenigen Fälle für zulässig erklärt worden ist, in welchen nach Bestreitung der Kosten noch Mittel zur vollständigen oder teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorhanden sind, steht nicht im Widerspruche mit den Vorschriften des Gesetzes. Es wird hiebei offenbar vorausgesetzt, dass der Verwalter von der ihm durch § 157 eingeräumten Befugnis Gebrauch macht. Reichen die vorhandenen Mittel, falls von einer Durchführung des Verfahrens abgesehen wird, zu einer vollständigen oder teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Konkursgläubiger hin, während bei einer Fortsetzung des Verfahrens auch diese Gläubiger leer ausgehen würden, so ist es vollkommen richtig, dass die nach Berichtigung der bereits vorhandenen Masseschulden und Massekosten übrig bleibenden Mittel zur Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger verwendet werden und dann das Verfahren eingestellt wird. Eine Fortsetzung des Verfahrens würde diese in ungerechtfertigter Weise schädigen.[1]) Andererseits würde es dem Gesetze nicht entsprechen, wenn das Verfahren eingestellt und die vorhandene Masse dem Gemeinschuldner ausgehändigt würde, ohne dass vorher von der Befugnis des § 157 Gebrauch gemacht oder zunächst eine Abschlagsverteilung zum Zwecke der teilweisen Befriedigung der bevorrechtigten Gläubiger vorgenommen worden ist.

§ 191.

Der Einstellungsbeschluss und der Grund der Einstellung sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Vorschriften der §§ 103 Abs. 2, 104, 106 finden entsprechende Anwendung.

§ 192.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über die Konkursmasse frei zu verfügen.

Die Vorschriften des § 152 finden entsprechende Anwendung.

(E. §§ 191, 192; M. S. 437, 438; K. S. 115.)

Da die Einstellung des Verfahrens dieselben Wirkungen hat wie die Erledigung desselben durch Schlussverteilung oder Zwangsvergleich (Titel V und VI), kommen bezüglich der Bekanntmachung und Mitteilung des Einstellungsbeschlusses sowie der Löschung des Konkursvermerkes in den Grund- und Hypothekenbüchern dieselben Bestimmungen zur Anwendung wie in jenen Fällen. Es ist deshalb im einzelnen auf die Erläuterungen zu den im Gesetze aufgezählten §§ zu verweisen. Dass die Rechnungslegung durch den Verwalter zu erfolgen hat, versteht sich von selbst. Dasselbe gilt von der Befriedigung oder Sicherstellung etwaiger Massegläubiger. Sobald die Einstellung veröffentlicht ist, hören die Wirkungen der Konkurseröffnung von Rechts wegen auf; der Gemeinschuldner erhält das Verfügungs-

[1]) Vgl. Fitting S. 387 § 51 Anm. 23; v. Sarwey S. 835; Stieglitz S. 676 Anm. b; v. Völderndorff Bd. II. S. 659; Willenbücher S. 226; v. Wilmowski S. 455. A. M. Hullmann S. 340.

recht über sein Vermögen zurück, die Gläubiger aber haben, wenn sie nicht befriedigt werden, das Recht freien Zugriffes. Die Eintragung festgestellter Forderungen in die Tabelle gewährt denselben ebenso einen Vollstreckungstitel wie bei der Aufhebung des Konkurses. (M. S. 438.) Die zwischen einem anmeldenden Gläubiger und dem Verwalter oder andern Konkursgläubigern schwebenden Feststellungsprozesse verlieren hier wie nach der Aufhebung des Verfahrens ihre rechtliche Bedeutung für die Ansprüche des Gläubigers, dessen Forderung oder Vorrecht bestritten wurde. Da der Gläubiger nur der Person des frühern Gemeinschuldners gegenüber steht, kommt es lediglich darauf an, ob dieser selbst die Forderung bestritten hat bezw. ob ihm gegenüber ein Vollstreckungstitel besteht. Die Bestreitung der Forderung durch den Verwalter oder einen andern Gläubiger entzieht einem derartigen Titel nicht seine Wirkung. Die Anerkennung der genannten Personen kann aber auch diejenige des frühern Gemeinschuldners nicht ersetzen. Die Weiterführung derartiger Prozesse kann deshalb nur wegen der Prozesskosten erfolgen. (Bem. II. 1 zu §§ 178 ff. S. 536.)

Gegen den Einstellungsbeschluss findet nach § 66 Abs. 3 sofortige Beschwerde statt. Der Beschluss ist zunächst dem Verwalter, dem Gemeinschuldner und allen Konkursgläubigern zuzustellen, während die Bekanntmachung erst dann erfolgen kann, wenn die Frist zur Einlegung der Beschwerde abgelaufen ist. Das Beschwerderecht kann in den Fällen des § 190 auch der Verwalter ausüben, da hier nicht dem Gemeinschuldner und den Gläubigern die Verfügung zusteht wie bei dem Zwangsvergleiche und der Einstellung nach § 188.[1]) Die Beschwerde kann übrigens in diesem Falle nicht eingelegt werden, wenn der Antrag abgelehnt worden ist. In § 190 wird die Einstellung in das Ermessen des Gerichtes gestellt und von einem Antrage ist nirgends die Rede. Wird die Massregel angeregt, so braucht hienach das Gericht keine Entscheidung zu treffen. (Bem. III. 2 zu § 66.)[2])

Achter Titel.

Besondere Bestimmungen.

(§§ 193—208.)

Vorbemerkungen.

Die Unterscheidung zwischen „Universal- und Partikularkonkurs" ist der Konkursordnung fremd. In den Motiven (S. 439 ff.) wurde ausführlich auseinandergesetzt, warum ein besonderes Verfahren überhaupt nicht erforderlich sei, soweit es sich um die Befriedigung von Real-, Lehen- und Bergwerksgläubigern, von Erbschaftsgläubigern oder Gläubigern des Erben, von Gläubigern verschiedener Handelsniederlassungen u. s. w. handle. Sodann wurde dargelegt, dass auch für solche Konkurse, für welche besondere Vorschriften erforderlich seien, die angeführte Unterscheidung nicht als notwendig erscheine. Während die Konkursordnung deshalb im Anschlusse an die neuere Gesetzgebung den Begriff des Partikularkonkurses fallen liess, reihte sie dagegen den regelmässigen Bestimmungen des zweiten Buches im achten Titel Ausnahmevorschriften an, welche gewisse, besonders geartete, Fälle eines Konkursverfahrens erforderlich machen. Es sind dies:

I. das Konkursverfahren über Handelsgesellschaften und Genossenschaften;

II. das Konkursverfahren über einen Nachlass;

III. das Verfahren über das inländische Vermögen eines Ausländers. (M. S. 441.)

[1]) Vgl. Fitting S. 387 § 51 Anm. 24; Stieglitz S. 677; v. Wilmowski S. 456; v. Völderndorff Bd. II. S. 661.

[2]) Vgl. Fitting a. a. O.; Willenbücher S. 226 Nr. 2 zu § 190.

Von dem Konkurse über Handelsgesellschaften und Genossenschaften wird in den §§ 193—201 gehandelt und zwar beschäftigen sich die §§ 193 und 194 mit dem Konkurse über das Vermögen einer Aktiengesellschaft und die jetzt aufgehobenen §§ 195—197 mit dem über das Vermögen einer eingetragenen Genossenschaft (vgl. S. 559), während die §§ 198—201 Bestimmungen über den Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien enthalten. Die §§ 202—206 handeln von dem Konkurse über einen Nachlass und die §§ 207 und 208 geben Vorschriften für den Fall, dass ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande der Konkurs eröffnet worden ist, oder der im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande Vermögen besitzt. Ferner enthält eine besondere Bestimmung das Reichsgesetz vom 23. April 1886 betr. die Abänderung der Gewerbeordnung in § 104 m, nach welchem die Konkurseröffnung über das Vermögen eines Innungsverbandes kraft Gesetzes die Auflösung desselben zur Folge hat und die dem Gemeinschuldner während des Konkursverfahrens zustehenden Rechte vom Vorstande des Innungsverbandes wahrzunehmen sind. Durch diese Vorschrift ist anerkannt, dass die Innungsverbände gleich den Aktiengesellschaften (§§ 193, 194) trotz der Auflösung als selbständige Rechtssubjekte fortbestehen. (Bem. 2 Abs. 2 zu §§ 193 ff.).[1]) Daraus muss aber gefolgert werden, dass auch über das Vermögen einer Innung sowie über dasjenige von Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften das Konkursverfahren solange eröffnet werden kann, als noch Innungsvermögen ungeteilt vorhanden ist, selbst wenn die Auflösung des Verbandes bereits beschlossen oder sogar teilweise vollzogen worden ist.[2])

§ 193.

Über das Vermögen einer Aktiengesellschaft findet das Konkursverfahren ausser dem Falle der Zahlungsunfähigkeit in dem Falle der Überschuldung statt.

Nach Auflösung einer Aktiengesellschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

§ 194.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern des Vorstandes oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder oder Liquidatoren nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

(E. §§ 193, 194; M. S. 441—445; K. S. 117, 118 und 187—190; pr. K.-O. §§ 281—285, 325.)

[1]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie und Rechtsprechung S. 902.

[2]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 901 Anm. 1.

1) Die Vorschriften der §§ 193 und 194 finden auf alle Aktiengesellschaften (Art. 207—248 H.-G.-B.) und nach § 6 des E.-G. auch auf die Vereine und registrierten Gesellschaften Anwendung, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869 bestehen. Auch für Eisenbahnaktiengesellschaften gelten nur diese Vorschriften. In der Reichstagskommission wurde zwar beantragt, in dieser Beziehung der Landesgesetzgebung die Befugnis zum Erlasse besonderer Bestimmungen vorzubehalten. Der Antrag wurde aber abgelehnt, nachdem Hagens bemerkt hatte, wenn überhaupt eine Regelung im Wege der Gesetzgebung erfolgen solle, müsse die Abhilfe nicht durch die Landes-, sondern durch die Reichsgesetzgebung getroffen werden; auch würden Bestimmungen in der Konkursordnung nichts nützen, wenn nicht gleichzeitig Vorschriften betr. die Zwangsvollstreckung getroffen würden; übrigens könnten ähnliche Schwierigkeiten wie bei der Verwaltung einer bankerutten Eisenbahn auch bei Konkursen über andere industrielle Unternehmungen von grossem Umfange eintreten. (K. S. 187—190.)

Soweit die §§ 193 und 194 besondere Vorschriften nicht enthalten, kommen auch bezüglich der Konkurse von Aktiengesellschaften die allgemeinen Bestimmungen der Konkursordnung zur Anwendung. Insbesondere ist ein Zwangsvergleich nicht wie nach der preussischen Konkursordnung (§ 285) ausgeschlossen. (M. S. 443.) Zuständig ist hier dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk die Verwaltung der Gesellschaft ihren Sitz hat. (§ 19 C.-P.-O.) Der Verwalter hat nach § 107 das Vermögen der Aktiengesellschaft in Besitz und Verwaltung zu nehmen und ist hienach befugt, soweit der bei der Zeichnung geschlossene Vertrag nicht entgegensteht, die auf die Aktien zu leistenden noch nicht erfolgten Zahlungen einzufordern.[1])

2) Dass § 193 Abs. 1 die Konkurseröffnung auch dann gestattet, wenn keine Zahlungsunfähigkeit wohl aber eine Überschuldung vorliegt, wurde in den Motiven (S. 441 ff.) damit gerechtfertigt, dass hier die Gläubiger ausschliesslich auf das Vermögen der Gesellschaft angewiesen und deshalb bei eingetretener Überschuldung, welche vermöge der Veröffentlichung der Bilanzen (Art. 239 und 239a H.-G.-B.) leicht nachzuweisen sei, nicht darauf verwiesen werden dürften, abzuwarten, bis auch eine Zahlungsunfähigkeit ausbreche. Ausserdem wurde hervorgehoben, es liege auch im Interesse der Aktionäre und angesichts des Verkehres, der mit den Aktien getrieben werde, im Interesse des Gemeinwohles, dass einer fortschreitenden Verschlimmerung der Vermögenslage der Gesellschaft Einhalt gethan werden könne. (Vgl. auch die Art. 240 und 249 c H.-G.-B.)

Bezüglich der Bestimmung des § 193 Abs. 2 wurde in den Motiven (S. 442) hervorgehoben, durch die Eröffnung des Konkurses werde zwar die Aktiengesellschaft gemäss Art. 242 Z. 3 H.-G.-B. aufgelöst, nach dessen Vorschriften wirke aber diese Auflösung ebensowenig wie eine sonstige vorher erfolgte Auflösung der Gesellschaft auf die Regelung der bestehenden Rechts- und Schuldverhältnisse ein; vielmehr finde nur die produktive Seite der Gesellschaft ihr Ende; die Selbständigkeit des Vermögens, welche der Aktiengesellschaft ihre rechtliche Existenz verleihe, bleibe aufrecht bis zur vollzogenen Verteilung des Vermögens unter die Aktionäre nach der Liquidation des Vermögens und Tilgung der Schulden (Art. 244, 245, 144 H.-G.-B.). Auch nach eingetretener Auflösung und Liquidation kann hienach Zahlungsunfähigkeit ausbrechen und Zahlungseinstellung erfolgen. In diesem Falle, wie in dem Falle der Überschuldung, darf trotz der Auflösung die Eröffnung des Konkurses solange stattfinden, als die Verteilung des Vermögens nicht vollständig durchgeführt, eine Teilungsmasse sonach vorhanden ist. Ja selbst nach der Durchführung dieser Verteilung kann der Antrag auf Konkurseröffnung noch mit Erfolg gestellt werden, wenn eine Teilungsmasse auf dem Wege der Anfechtung der Verteilung erzielt werden kann. Hat eine Vereinigung („Fusion") stattgefunden, so ist der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen

[1]) Vgl. R.-O.-H.-G. 11. April 1876, Entsch. Bd. 20 S. 270 ff.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 877 Anm. 2.

einer der vereinigten Gesellschaften solange zulässig, als dieses Vermögen noch unter abgesonderter Verwaltung steht.[1])

3) Die Eröffnung des Konkurses kann, auch soweit es sich um eine Aktiengesellschaft handelt, nicht von Amts wegen erfolgen. Da der Konkursantrag nicht als eine Rechtshandlung aufzufassen ist, welche die Geschäftsführung der bestehenden Gesellschaft betrifft oder bei schwebender Liquidation ein einzelnes Liquidationsgeschäft zum Gegenstande hat, wurden jedoch zum Antrage nicht bloss die zur Zeichnung befugten Mitglieder des Vorstandes zugelassen und ebensowenig die erklärte Übereinstimmung aller Vorstandsmitglieder und Liquidatoren gefordert. Vielmehr steht jedem einzelnen Vorstandsmitgliede oder Liquidator das Recht zu, die Konkurseröffnung zu beantragen. Die Vorstandsmitglieder sind nach § 240 Abs. 2 und 249c Z. 2 des H.-G.-B. verpflichtet, die Konkurseröffnung zu beantragen. Die Generalversammlung kann dieselben beauftragen, diesen Antrag zu stellen, aber nicht selbst (etwa in einem von der Mehrheit unterzeichneten Schriftsatze) die Konkurseröffnung beantragen.[2]) Auch den Prokuristen oder Beamten der Gesellschaft sowie den einzelnen Aktionären als solchen steht dieses Recht nicht zu. Vielmehr sind dieselben nur dann zur Antragstellung berechtigt, wenn sie Gläubiger der Gesellschaft sind. Während eine Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit bezw. Überschuldung in Übereinstimmung mit § 96 nicht verlangt wird, wenn sämtliche Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren die Konkurseröffnung beantragen, ist die Glaubhaftmachung vorgeschrieben, falls der Antrag nur von einem Teile dieser Personen ausgeht. Es wird dann ebenso verfahren, wie wenn der Antrag von einem Gläubiger gestellt worden wäre, und müssen deshalb die nicht bei dem Antrage beteiligten Vorstandsmitglieder bezw. Liquidatoren gemäss § 97 gehört werden. Die Fassung des § wurde auch hier durch die Reichstagskommission geändert, um deutlich hervortreten zu lassen, dass die Glaubhaftmachung nur die **Zulassung** des Antrages rechtfertige, einen weitern Nachweis zum Zwecke der Begründung desselben aber nicht entbehrlich mache. (K. S. 118; Bem. III. 3 zu §§ 95 ff. S. 373.) Dass hinsichtlich der Befugnis der Gläubiger, die Konkurseröffnung zu beantragen, die allgemeinen Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 95 und 97) zur Anwendung kommen, ergiebt sich aus der klaren Fassung des Gesetzes und wurde auch in der Reichstagskommission (K. S. 118) von Hagens bestätigt.

4) Soweit in dem Konkursverfahren die Person des Gemeinschuldners und dessen Verpflichtungen in Betracht kommen, wird die Gesellschaft durch die bisherigen Vorstandsmitglieder oder, wenn eine Liquidation vorangegangen ist, also die Thätigkeit des Vorstandes auch formell aufgehört hat, durch die Liquidatoren vertreten. Jeder von ihnen hat die einem Gemeinschuldner während des Verfahrens obliegenden Pflichten zu erfüllen. (Art. 227, 244, 144 H.-G.-B.) In der Reichstagskommission regte Goldschmidt die Frage an, ob es sich nicht empfehle, den in den Motiven ausgesprochenen Satz in das Gesetz selbst aufzunehmen. Darauf erwiderte Hagens: „Die Aufnahme dieses Satzes sei aus demselben Grunde unterblieben, aus welchem die bei der Beratung des § 14 zur Sprache gekommene Streichung des § 19 der Gemeinschuldordnung erfolgt sei.[3]) Unzweifelhaft hätten, wie der Erbe an Stelle des Erblassers, so auch die Vorsteher beziehungsweise Liquidatoren an Stelle der falliten Gesellschaft die Verpflichtungen, welche das Gesetz einem Gemeinschuldner auferlege, zu erfüllen und zwar jeder Vorsteher und jeder Liquidator, denn es seien hier Akte der Geschäftsführung oder der Liquidation nicht in Frage. Es sei aber bedenklich,

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 627; v. Völderndorff Bd. II. S. 673.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O.; Willenbücher S. 228 Nr. 1; v. Wilmowski S. 459 Nr. 1. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 674.

[3]) In § 19 des Entwurfes zu einer Gemeinschuldordnung war gesagt: „Wenn der Gemeinschuldner während des Gemeinschuldverfahrens stirbt oder wenn ein solches über einen Nachlass eröffnet wird, so finden die Vorschriften dieses Gesetzes über das Verhältnis des Gemeinschuldners zur Gemeinmasse auf den Erben Anwendung.

ganz allgemein alle Vorschriften, welche für den Gemeinschuldner bestehen, auch auf solche Personen, die eigentlich nur Stellvertreter des Gemeinschuldners seien, für anwendbar zu erklären. Beispielsweise glaube er nicht, dass die Vorschrift in § 93 Abs. 1 auf Vorstandsmitglieder und Liquidatoren unbedingt anzuwenden sein würde. Hinsichtlich der Bestimmung in § 93 Abs. 2 sei er für seine Person der entgegengesetzten Ansicht. Dem fügte Hertz noch bei: „Schon bei der Beratung der Gemeinschuldordnung habe man vielfache, aber vergebliche Versuche gemacht, eine geeignete Formulierung zu finden. Der Richter werde voraussetzlich auf Grund der Vorschriften des Handelsgesetzbuches bezw. der Konkursordnung in der Lage sein, in jedem einzelnen Falle das Richtige zu treffen.“ (K. S. 117, 118.) Im allgemeinen muss der in den Motiven enthaltenen Auffassung zugestimmt werden. Insbesondere ist jedes Vorstandsmitglied und jeder Liquidator als verpflichtet anzusehen, gemäss § 92 über die das Verfahren betreffenden Verhältnisse Auskunft zu geben, und kann hiezu nach § 93 Abs. 2 zwangsweise angehalten werden. Ist dies richtig, so ist aber auch die von Hagens gemachte Unterscheidung unzutreffend und lässt sich die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, sich von ihrem Wohnorte nicht ohne Erlaubnis des Gerichtes zu entfernen, nicht bestreiten. Die Vorschrift des § 93 Abs. 1 hat hauptsächlich in der des § 92 ihren Grund, deren Durchführung sie sichert. (Bem. II. zu §§ 92 ff.) Ohne sie könnte sich ein Mitglied des Vorstandes der Verpflichtung zur Auskunftserteilung willkürlich entziehen. Die Flucht einzelner oder sämtlicher Vorstandsmitglieder begründet allerdings nicht die Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches, weil hiebei eine Vertretung der Gesellschaft nicht in Frage steht. Ebensowenig hat die Verurteilung von Vorstandsmitgliedern wegen betrügerischen Bankerutts diese Folge. Die Gesellschaft kann ebensowenig verurteilt werden als sich auf die Flucht begeben.[1]) Dagegen tritt die Unzulässigkeit des Zwangsvergleiches ein, wenn die Leistung des Offenbarungseides verweigert wird. Diesen haben die Vorstandsmitglieder in Vertretung der Gesellschaft zu leisten; es liegt also eine Verweigerung seitens des Gemeinschuldners vor.[2]) Die Anfechtung des Zwangsvergleiches auf Grund des § 182 kann darauf gestützt werden, dass derselbe durch einen von einem Vorstandsmitgliede verübten Betrug zustande gebracht worden sei. Soweit es sich nicht um die erwähnten Verpflichtungen, sondern um Ausübung der dem Gemeinschuldner zustehenden Rechte, also um die Geschäftsführung für die Gesellschaft handelt, kommen die allgemeinen Grundsätze über die Vertretungsbefugnis der Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren (Art. 136, 227 und 229 H.-G.-B.) zur Anwendung. Soweit nichts anderes bestimmt ist, können hienach Rechtshandlungen, welche den Gemeinschuldner verpflichten, insbesondere Anerkenntnisse von den vorhandenen Vertretern nur in Gemeinschaft vorgenommen werden. Auch soweit es sich um ausdrückliche Bestreitung einer von dem Verwalter und den Konkursgläubigern anerkannten Forderung handelt, ist die Übereinstimmung sämtlicher Vertreter erforderlich.

§§ 195—197.

Die §§ 195—197 sind durch § 153 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, aufgehoben worden. An ihre Stelle sind die §§ 91—111 dieses Gesetzes getreten.[3])

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 628; Fitting S. 391 § 52 Nr. IV.; v. Sarwey S. 843, 844; Stieglitz S. 682 Nr. IV; v. Völderndorff Bd. II. S. 669, 670; Willenbücher S. 228 Nr. 3; v. Wilmowski S. 460.

[2]) Vgl. Fitting S. 391 § 52 Anm. 11 und Stieglitz, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O. A. M. Endemann a. a. O. und v. Völderndorff Bd. II. S. 669.

[3]) Die §§ 91—111 des oben angeführten Gesetzes lauten wie folgt:

§ 91. Das Konkursverfahren findet im Falle der Zahlungsunfähigkeit, nach Auflösung der Genossenschaft auch im Falle der Überschuldung statt.

§ 198.

Im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien findet über das Gesellschaftsvermögen ein selbstständiges Konkursverfahren statt.

Die Vorschrift des § 193 Abs. 2 findet entsprechende Anwendung.

Nach Auflösung der Genossenschaft ist die Eröffnung des Verfahrens so lange zulässig, als die Verteilung des Vermögens nicht vollzogen ist.

§ 92. Sobald die Zahlungsunfähigkeit der Genossenschaft eintritt, hat der Vorstand die Eröffnung des Konkursverfahrens zu beantragen; dasselbe gilt, wenn bei oder nach Auflösung der Genossenschaft aus der Jahresbilanz oder aus einer im Laufe des Jahres aufgestellten Bilanz Überschuldung sich ergiebt.

Die Mitglieder des Vorstandes sind der Genossenschaft zum Ersatze einer nach diesem Zeitpunkte geleisteten Zahlung nach Massgabe des § 32 verpflichtet.

Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.

§ 93. Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jedes Mitglied des Vorstandes berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Mitgliedern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die ihn begründenden Thatsachen (§ 91) glaubhaft gemacht werden. Das Gericht hat die übrigen Mitglieder nach Massgabe der Konkursordnung § 97 Absatz 2, 3 zu hören.

Der Eröffnungsantrag kann nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, dass eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Konkursmasse nicht vorhanden sei.

§ 94. Durch die Eröffnung des Konkursverfahrens wird die Genossenschaft aufgelöst.

§ 95. Die Eröffnung des Konkursverfahrens ist unverzüglich in das Genossenschaftsregister einzutragen. Die Eintragung wird nicht bekannt gemacht.

§ 96. Bei der Eröffnung des Verfahrens ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuss zu bestellen. Die Gläubigerversammlung hat über die Beibehaltung der bestellten oder die Wahl anderer Mitglieder zu beschliessen. Im übrigen kommen die Vorschriften in § 79 der Konkursordnung zur Anwendung.

§ 97. Die Generalversammlung ist ohne Verzug zur Beschlussfassung darüber zu berufen (§§ 42—44), ob die bisherigen Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates beizubehalten oder andere zu bestellen sind.

§ 98. Soweit die Konkursgläubiger wegen ihrer bei der Schlussverteilung (Konkursordnung § 149) berücksichtigten Forderungen aus dem zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorhandenen Vermögen der Genossenschaft nicht befriedigt werden, sind die Genossen verpflichtet, Nachschüsse zur Konkursmasse zu leisten.

Die Nachschüsse sind von den Genossen, wenn nicht das Statut ein anderes Beitragsverhältnis festsetzt, nach Köpfen zu leisten.

Beiträge, zu deren Leistung einzelne Genossen unvermögend sind, werden auf die übrigen verteilt.

Zahlungen, welche Genossen über die von ihnen nach den vorstehenden Bestimmungen geschuldeten Beiträge hinaus leisten, sind ihnen, nachdem die Befriedigung der Gläubiger erfolgt ist, aus den Nachschüssen zu erstatten.

Gegen die Nachschüsse kann der Genosse eine Forderung an die Genossenschaft aufrechnen, sofern die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen er als Konkursgläubiger Befriedigung wegen der Forderung aus den Nachschüssen zu beanspruchen hat.

§ 99. Der Konkursverwalter hat sofort, nachdem die Bilanz auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt ist (Konkursordnung § 114), zu berechnen, wieviel zur Deckung des in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrages die Genossen vorschussweise beizutragen haben.

In der Berechnung (Vorschussberechnung) sind die sämtlichen Genossen namentlich zu bezeichnen und auf sie die Beiträge zu verteilen. Die Höhe der Beiträge ist jedoch derart zu bemessen, dass durch ein vorauszusehendes Unvermögen einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen ein Ausfall an dem zu deckenden Gesamtbetrage nicht entsteht.

§ 199.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist ausser den Konkursgläubigern jeder persönlich haftende Gesellschafter und jeder Liquidator berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen persönlich haftenden Gesellschaftern oder allen Liquidatoren gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen persönlich haftenden Gesellschafter oder Liquidatoren nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

Die Berechnung ist dem Konkursgerichte mit dem Antrage einzureichen, dieselbe für vollstreckbar zu erklären. Wird das Genossenschaftsregister nicht bei dem Konkursgerichte geführt, so ist dem Antrage eine beglaubigte Abschrift des Statuts und der Liste der Genossen beizufügen.

§ 100. Zur Erklärung über die Berechnung bestimmt das Gericht einen Termin, welcher nicht über zwei Wochen hinaus anberaumt werden darf. Derselbe ist öffentlich bekannt zu machen; die in der Berechnung aufgeführten Genossen sind besonders zu laden.

Die Berechnung ist spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Beteiligten niederzulegen. Hierauf ist in der Bekanntmachung und den Ladungen hinzuweisen.

§ 101. In dem Termine sind Vorstand und Aufsichtsrat der Genossenschaft, sowie der Konkursverwalter und der Gläubigerausschuss und, soweit Einwendungen erhoben werden, die sonst Beteiligten zu hören.

Das Gericht entscheidet über die erhobenen Einwendungen, berichtigt, soweit erforderlich, die Berechnung oder ordnet die Berichtigung an und erklärt die Berechnung für vollstreckbar. Die Entscheidung ist in dem Termine oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, zu verkünden. Die Berechnung, mit der sie für vollstreckbar erklärenden Entscheidung ist zur Einsicht der Beteiligten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Gegen die Entscheidung findet ein Rechtsmittel nicht statt.

§ 102. Nachdem die Berechnung für vollstreckbar erklärt ist, hat der Konkursverwalter ohne Verzug die Beiträge von den Genossen einzuziehen.

Die Zwangsvollstreckung gegen einen Genossen findet in Gemässheit der Civilprozessordnung auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung und eines Auszuges aus der Berechnung statt.

Für die in den Fällen der §§ 667, 686, 687 der Civilprozessordnung zu erhebenden Klagen ist das Amtsgericht, bei welchem das Konkursverfahren anhängig ist, und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, das Landgericht ausschliesslich zuständig, zu dessen Bezirke der Bezirk des Konkursgerichtes gehört.

§ 103. Die eingezogenen Beträge sind bei der von der Gläubigerversammlung bestimmten Stelle (Konkursordnung § 120) zu hinterlegen oder anzulegen.

§ 104. Jeder Genosse ist befugt, die für vollstreckbar erklärte Berechnung im Wege der Klage anzufechten. Die Klage ist gegen den Konkursverwalter zu richten. Sie findet nur binnen der Notfrist eines Monates seit Verkündung der Entscheidung und nur insoweit statt, als der Kläger den Anfechtungsgrund in dem Termine (§ 100) geltend gemacht hat oder ohne sein Verschulden geltend zu machen ausserstande war.

Das rechtskräftige Urteil wirkt für und gegen alle beitragspflichtigen Genossen.

§ 105. Die Klage ist ausschliesslich bei dem Amtsgerichte zu erheben, welches die Berechnung für vollstreckbar erklärt hat. Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor Ablauf der bezeichneten Notfrist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.

Übersteigt der Streitgegenstand eines Prozesses die sonst für die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte geltende Summe, so hat das Gericht, sofern eine Partei in einem solchen Prozesse vor der Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, durch Beschluss die sämtlichen Streit-

§ 200.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller persönlich haftenden Gesellschafter geschlossen werden.

Der Zwangsvergleich begrenzt, soweit er nicht ein anderes festsetzt, zugleich den Umfang der solidarischen Haftung der persönlich haftenden Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen.

§ 201.

Wenn Gesellschaftsgläubiger in einem über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters eröffneten Konkursverfahren ihre Befriedigung wegen des Ausfalles suchen, welchen sie in dem Konkursverfahren über das Gesellschaftsvermögen erleiden, so sind bei den Verteilungen die Anteile auf den vollen Betrag der Gesellschaftsforderungen zurückzubehalten, bis der Ausfall bei dem Gesellschaftsvermögen feststeht.

Im übrigen finden auf die vorstehend bezeichneten Forderungen die Vorschriften der §§ 57, 88 entsprechende Anwendung.

(E. §§ 198—201; M. S. 447—452; K. S. 120—125, 190—196; pr. K.-O. §§ 286—291.)

sachen an das Landgericht, in dessen Bezirke es seinen Sitz hat, zu verweisen. Gegen diesen Beschluss findet die sofortige Beschwerde statt. Die Notfrist beginnt mit der Verkündung des Beschlusses.

Ist der Beschluss rechtskräftig, so gelten die Streitsachen als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Teil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt und gelten als Kosten einer Instanz.

Die Vorschriften der Civilprozessordnung §§ 688, 689 über die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der Vollstreckungsmassregeln finden entsprechende Anwendung.

§ 106. Soweit infolge des Unvermögens einzelner Genossen zur Leistung von Beiträgen der zu deckende Gesamtbetrag nicht erreicht wird, oder in Gemässheit des auf eine Anfechtungsklage ergehenden Urteiles oder aus andern Gründen die Berechnung abzuändern ist, hat der Konkursverwalter eine Zusatzberechnung aufzustellen. Rücksichtlich derselben kommen die Vorschriften in §§ 99 bis 105 zur Anwendung.

Die Aufstellung einer Zusatzberechnung ist erforderlichen Falls zu wiederholen.

§ 107. Sobald mit dem Vollzuge der Schlussverteilung (Konkursordnung § 149) begonnen wird, hat der Konkursverwalter in Ergänzung oder Berichtigung der Vorschussberechnung und der zu derselben etwa ergangenen Zusätze zu berechnen, wieviel die Genossen in Gemässheit des § 98 an Nachschüssen zu leisten haben.

Die Berechnung (Nachschussberechnung) unterliegt den Vorschriften in §§ 99 bis 102, 104 bis 106, der Vorschrift im § 99 Absatz 2 mit der Massgabe, dass auf Genossen, deren Unvermögen zur Leistung von Beiträgen sich herausgestellt hat, Beiträge nicht verteilt werden.

§ 108. Der Verwalter hat, nachdem die Nachschussberechnung für vollstreckbar erklärt ist, unverzüglich den gemäss § 103 vorhandenen Bestand und, so oft von den noch einzuziehenden Beiträgen hinreichender Bestand eingegangen ist, diesen im Wege der Nachtragsverteilung (Konkursordnung § 153) unter die Gläubiger zu verteilen.

Ausser den Anteilen auf die im § 155 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen sind zurückzubehalten die Anteile auf Forderungen, welche im Prüfungstermine von dem Vorstande

1) Mag man die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien als juristische Person auffassen oder nicht, so muss nach den Bestimmungen des H.-G.-B. über das Gesellschaftsvermögen ein selbständiges Konkursverfahren zulässig sein. An diesem Verfahren können sich nach Art. 122 H.-G.-B., welcher die Grundlage für die Regelung desselben bildet, nur die Gesellschaftsgläubiger, nicht auch die Privatgläubiger der Gesellschaft beteiligen. In Ansehung der Voraussetzung für die Konkurseröffnung hat es bei der allgemeinen Regel des § 94 sein Bewenden. (M. S. 447.) Es genügt hienach nicht, wie bei der Aktiengesellschaft, eine blosse Überschuldung, sondern wird Zahlungsunfähigkeit vorausgesetzt. Handelt es sich um eine aufgelöste Gesellschaft, so dauert die Zulässigkeit des Konkurses nach § 198 Abs. 2 wie bei der Aktiengesellschaft bis zur beendigten Verteilung des Gesellschaftsvermögens fort. (Bem. 2 zu §§ 193 ff.)

Dass für das Konkursverfahren dasjenige Amtsgericht ausschliesslich zuständig ist, in dessen Bezirke die Gesellschaft ihren Sitz hat (H.-G.-B. Art. 111 Abs. 2, 86, 144, 164 Abs. 2, 151, 175) kann, auch wenn mehrere Niederlassungen bestehen, nach den angeführten Vorschriften des H.-G.-B. sowie nach § 19 C.-P.-O. und § 64 K.-O. nicht bezweifelt werden. (M. a. a. O.)

Das System der preussischen Konkursordnung, nach deren § 287 zugleich mit dem Konkurse über das Gesellschaftsvermögen auch der Konkurs über das Privatvermögen jedes persönlich haftenden Gesellschafters eröffnet werden musste, wurde in der Konkursordnung aufgegeben. Dies wurde in den Motiven (S. 449 ff.) ausführlich begründet. Insbesondere wurde geltend gemacht, es werde zwar in den weitaus meisten Fällen eine Gesellschaft ihre Zahlungen nicht eher einstellen, bis auch die einzelnen Gesellschafter nicht mehr imstande seien, derselben mit ihrem Privatvermögen zu Hilfe zu kommen, aber notwendig sei dies keineswegs; auch sei es nicht zu rechtfertigen, dass ein zahlungsfähiger Gesellschafter, der den Konkurs über das Gesellschaftsvermögen selbst wünsche, um nicht noch tiefer mit seinem Privatvermögen in den Verfall der Gesellschaft hineingezogen zu werden, durch die Androhung des Konkurses über sein Privatvermögen genötigt werde, mittels weiterer Opfer die Zahlungseinstellung der Gesellschaft zu verhindern. Über das Privatvermögen eines persönlich haftenden Gesellschafters findet hienach die Konkurseröffnung nur dann statt, wenn in Ansehung desselben die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 94, 95 — Zahlungsunfähigkeit und Antrag — vorhanden sind. (M. S. 451.)

Die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen hat hienach für das Verhältnis zwischen den Gesellschaftsgläubigern und den einzelnen (persönlich haftenden) Gesellschaftern nur die Bedeutung, dass die Klage gegen letztere einen subsidiären Charakter annimmt und jene nur noch für den im Gesellschaftskonkurse erlittenen Ausfall von den Gesellschaftern Befriedigung beanspruchen können.[1]) Diese beschränkende Wirkung

ausdrücklich bestritten worden sind. Dem Gläubiger bleibt überlassen, den Widerspruch des Vorstandes durch Klage zu beseitigen. Soweit der Widerspruch rechtskräftig für begründet erklärt wird, werden die Anteile zur Verteilung unter die übrigen Gläubiger frei.

Die zur Befriedigung der Gläubiger nicht erforderlichen Überschüsse hat der Konkursverwalter an die Genossen zurückzuzahlen.

§ 109. Eine Aufhebung des Konkursverfahrens durch Zwangsvergleich findet nicht statt.

Eine Einstellung des Verfahrens ist erst zulässig, nachdem mit dem Vollzuge der Schlussverteilung begonnen ist. Die Zustimmung aller bei der letztern berücksichtigten Konkursgläubiger ist beizubringen. Inwieweit es der Zustimmung oder der Sicherstellung von Gläubigern bedarf, deren Forderungen nicht festgestellt sind, entscheidet das Konkursgericht nach freiem Ermessen.

§ 110. Der Vorstand ist verpflichtet, den Konkursverwalter bei den diesem in § 99 Abs. 1, § 102 Absatz 1, §§ 106, 107 zugewiesenen Obliegenheiten zu unterstützen.

§ 111. Die in diesem Abschnitte hinsichtlich des Vorstandes getroffenen Bestimmungen gelten auch hinsichtlich der Liquidatoren.

[1]) R.-G. (I.) 6. Okt. 1886, jur. Wochenschr. 1887 S. 41.

tritt nach dem klaren Wortlaute des § 122 H.-G.-B. nicht nur dann ein, wenn auch über das Privatvermögen des betreffenden Gesellschafters Konkurs eröffnet worden ist, sondern auch dann, wenn eine solche Konkurseröffnung nicht stattgefunden hat. Für die entgegengesetzte Auffassung kann man sich auch nicht darauf berufen, die Vorschrift des Art. 122 H.-G.-B. sei lediglich im Interesse der Privatgläubiger der einzelnen Gesellschafter getroffen worden. Diese Gläubiger haben nämlich ein Interesse daran, dass das Konkursverfahren über das Privatvermögen ihres Schuldners nicht eröffnet werde. Die Subsidiarität der Klagen der Gesellschaftsgläubiger kann aber diese Konkurseröffnung verhindern oder hinausschieben.[1])

Die Konkursmasse im Gesellschaftskonkurse wird durch das Gesellschaftsvermögen gebildet, zu welchem auch die Einlagen der Gesellschafter sowie diejenigen der Kommanditisten gehören. Der Konkursverwalter ist sonach befugt, diese Einlagen einzufordern und zur Masse zu ziehen.[2]) Bezüglich der rechtlichen Natur der offenen Handelsgesellschaft bestehen zwar immer noch sehr verschiedene Auffassungen. Doch wird jetzt ziemlich allgemein anerkannt, dass derselben juristische Persönlichkeit nicht zukommt, vielmehr die einzelnen Gesellschafter als Subjekte des Gesellschaftsvermögens (Sondervermögens) anzusehen sind.[3]) Mit Rücksicht darauf sind die einzelnen Gesellschafter auch Subjekte der Konkursmasse und es kommen denselben im allgemeinen die Rechte und Verpflichtungen des Gemeinschuldners zu, soweit nicht im Gesetze in dieser Beziehung besondere Bestimmungen getroffen sind. (Vgl. §§ 199 und 200.) Jedenfalls müssen die Gesellschafter, soweit es sich um die Ausübung des Anfechtungsrechtes handelt, als Gemeinschuldner gelten. Die Anfechtung auf Grund des § 24 Z. 2 ist hienach auch dann gerechtfertigt, wenn ein einzelner Gesellschafter mit einem seiner Verwandten namens der Gesellschaft einen die Gläubiger benachteiligenden Vertrag abgeschlossen hat.[4]) Dasselbe muss in Ansehung der Kommanditgesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien gelten.

2) Die Vorschriften des § 199 entsprechen denjenigen des § 194; nur sind hier an die Stelle der Vorstandsmitglieder die persönlich haftenden Gesellschafter getreten. Ob ein Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt oder von derselben nach Art. 99 H.-G.-B. ausgeschlossen ist, kommt hier nicht in Betracht.[5]) Der Kommanditist hat, abgesehen von dem Falle seiner Bestellung zum Liquidator, nicht das Recht, die Konkurseröffnung zu beantragen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft unmittelbar zu bewirken; er ist zwar befugt, nach Massgabe der Art. 123—125 H.-G.-B. die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen (Art. 170, 200), aber nur in den dort vorgesehenen Fällen und den festgesetzten, die Gesellschafter schützenden Formen. (M. S. 417.) In der Reichstagskommission stellte Goldschmidt einen Antrag, nach welchem bei der einfachen Kommanditgesellschaft auch dem Kommanditisten, bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien auch der Generalversammlung

[1]) Vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 552, 553 Anm. 1 und S. 562 Anm. 3; v. Hahn, H.-G.-B. Bd. I. S. 393; Lastig in Endemanns Handbuch Bd. I. S. 401, 402; R.-G. (III.) 4. Okt. 1881, Entsch. Bd. V. S. 51 ff., bes. 54. A. M. Schultze in Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 767 ff., bes. 773 ff., der weitere Litteratur angiebt.

[2]) Vgl. Schwalb in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 34 S. 427; ferner R.-G. (I.) 29. Sept. 1879, Entsch. Bd. I. S. 69 ff., bes. S. 72, 73. A. M. Fick, Konkurs der Kollektivgesellschaften S. 58 § 46.

[3]) Vgl. bez. der verschiedenen Ansichten besonders: Cosack, Lehrb. des Handelsr. S. 404 ff. und S. 438 §§ 59 u. 62 Nr. II.; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 435 ff., der S. 463 Anm. 1 die Rechtsprechung vollständig mitgeteilt hat; v. Hahn, H.-G.-B. (II. Aufl.) S. 349 und S. 393, Vorbem. zu den §§ 110 ff. und § 10 zu § 122; Lastig in Endemanns Handb. Bd. I. S. 334 ff.; Thöl, Handelsr. (VI. Aufl.) Bd. I. S. 329, 330, 353; R.-G. (I.) 24. Juni 1882, Entsch. Bd. IX. S. 143 ff., bes. 144.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Dresden 22. Mai 1883, Wenglers Arch. N. F. Bd. VI. S. 193.

[5]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 634, 635; Fitting S. 398 § 55 Anm. 9; Hullmann S. 348 Nr. 5; Lastig a. a. O. Bd. I. S. 399; Stieglitz S. 689; v. Völderndorff Bd. II. S. 687, 688; Wengler S. 667 Nr. 2 und S. 669 Nr. 3; Willenbücher S. 231; v. Wilmowski S. 465 Nr. 1.

und dem Aufsichtsrat das Recht zustehen sollte, die Konkurseröffnung zu beantragen. Dieser Antrag wurde aber abgelehnt. (K. S. 120—122.)

3) Durch § 200 werden die Personen bezeichnet, mit welchen die Gläubiger einen Zwangsvergleich abzuschliessen haben, und wird sodann der Inhalt des Vergleiches mit Rücksicht auf die persönliche Haftung der Gesellschafter bestimmt. Hiebei war die Auffassung massgebend, dass der Gegenstand eines Zwangsvergleiches nicht auf die Befriedigung der Gläubiger aus der Konkursmasse zu beschränken sei, vielmehr die umfassende Befriedigung der Gläubiger auch aus dem sonst dem Gemeinschuldner gehörigen oder dem später erworbenen Vermögen zum Gegenstand haben müsse. (Vorbem. 2 zu Titel VI. S. 498.) Dieser Gesichtspunkt hat für den Gesellschaftskonkurs besondere Bedeutung. Für die persönlich haftenden Gesellschafter und mittelbar für die Gesellschaftsgläubiger würde ein Zwangsvergleich nahezu wertlos sein, wenn die Gesellschafter neben der Vergleichsquote kraft Gesetzes für den Rest der Gesellschaftsforderungen mit ihrem Privatvermögen verhaftet blieben. Der Vergleich muss deshalb mit den nach Zahl und Person bestimmten Gesellschaftern zugleich über ihre persönliche Haftpflicht geschlossen werden, dergestalt, dass die Gesellschaftsgläubiger gegen jeden von ihnen fortan nur die Forderungen aus dem Zwangsvergleiche geltend machen können. Der Zwangsvergleich kann jedoch ein anderes überhaupt oder betreffs einzelner Gesellschafter festsetzen. Der Vergleichsvorschlag muss deshalb auch von allen persönlich haftenden Gesellschaftern gemeinschaftlich ausgehen. Der Zustimmung eines Kommanditisten bedarf es dagegen nicht. (M. S. 448.) Daraus, dass die Kommanditisten bei dem Abschlusse des Zwangsvergleiches nicht mitzuwirken haben, ergab sich von selbst, dass im Falle der Konkurseröffnung über eine in Liquidation begriffene Gesellschaft auch die Liquidatoren nicht zum Abschlusse neben den persönlich haftenden Gesellschaftern heranzuziehen waren. Wegen Anwendung des § 162 vgl. Bem. 1 zu diesem § S. 505.

Wird die Gesellschaft nach Abschluss eines Zwangsvergleiches fortgesetzt, so muss § 179 zur entsprechenden Anwendung kommen. Es findet sonach aus dem Zwangsvergleiche zugunsten der Gläubiger, deren Forderungen festgestellt worden sind, Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen statt, wenn weder ein persönlich haftender Gesellschafter noch ein Liquidator die Forderung des betreffenden Gläubigers im Prüfungstermine bestritten hat. Dagegen kann auf Grund des im Gesellschaftskonkurse abgeschlossenen Zwangsvergleiches keine Zwangsvollstreckung gegen die einzelnen Gesellschafter bezw. deren Privatvermögen erfolgen, weil die Feststellung im Gesellschaftskonkurse ihre Wirkungen nur in Beziehung auf das Gesellschaftsvermögen äussert. Auch im Falle der Einstellung des Verfahrens kommt § 152 zur Anwendung, sofern die Gesellschaft noch weiter besteht. (§ 192.) Ist das Konkursverfahren aufgehoben worden, so ist dagegen für die Anwendung der §§ 152 und 179 kein Raum, weil die Gesellschaft nach Verteilung ihres gesamten Vermögens zu bestehen aufgehört hat.[1])

4) Durch § 201 wird die Ausführung des Art. 122 H.-G.-B. geregelt, nach welchem die Gesellschaftsgläubiger aus dem Privatvermögen der Gesellschafter ihre Befriedigung nur wegen des Ausfalles suchen dürfen, den sie bei der Verteilung des Gesellschaftsvermögens erlitten haben. Hiebei stehen die Gesellschaftsgläubiger den Privatgläubigern ganz gleich und es haben diese bezüglich des Privatvermögens ein Vorrecht nicht zu beanspruchen. Der in Art. 122 zugunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt hat durch die Konkursordnung seine Kraft verloren. Sonach sind die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Privatgläubigern der Gesellschafter ein Absonderungsrecht einräumten, aufgehoben. In der Reichstagskommission wurde von Hullmann zwar der Antrag gestellt, den § 201 dahin abzuändern, dass im Konkurse der einzelnen Gesellschafter die Privatgläubiger den Gesellschaftsgläubigern vorzugehen hätten. Dieser Antrag wurde jedoch wiederholt

[1]) Vgl. Stieglitz S. 692 Nr. III.; Wengler S. 671; v. Wilmowski S. 466.

abgelehnt. (K. S. 122—125 und 190—196.) Das Reichsoberhandelsgericht hat in einem Erkenntnisse vom 22. Mai 1875 (Entscheid. Bd. 17. S. 284 ff.) den Art. 122 H.-G.-B. dahin ausgelegt, dass den Gläubigern die Pflicht obliege, ihre Befriedigung zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu suchen, und dass sie im Konkurse über das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter nur denjenigen Betrag zu erhalten hätten, welchen sie im Gesellschaftskonkurse nicht erhalten haben, wogegen sie hier nicht dasjenige beanspruchen könnten, was ihnen zufolge eigenen Verschuldens aus dem Gesellschaftskonkurse nicht zuteil geworden sei. Im Gegensatze zu dieser Auffassung wurde in der Reichstagskommission von Hagens ausgeführt, unter dem „Ausfall" sei derjenige Betrag zu verstehen, welchen der Gesellschaftsgläubiger — gleichviel aus welchem Grunde — thatsächlich nicht erhalten habe, es liege hienach ein „Ausfall" auch dann vor, wenn der Gesellschaftsgläubiger es unterlassen habe, am Gesellschaftskonkurse teilzunehmen. (K. S. 191, 192.) Auch wurde, um dieser Auffassung im Gesetze Ausdruck zu verschaffen, zufolge eines Antrages von Websky, den später von Vahl aufnahm, in Abs. 2 des § die entsprechende Anwendung des § 57 vorgeschrieben. Dadurch ist festgestellt, dass der Gesellschaftsgläubiger seine Forderung auch dann im Konkurse über das Privatvermögen eines Gesellschafters geltend machen kann, wenn er auf deren Anmeldung im Gesellschaftskonkurse ganz verzichtet hat. (K. S. 190—196.)[1]) Aus dieser Vorschrift darf übrigens nicht geschlossen werden, dass es sich hier um ein wirkliches Absonderungsrecht handelt. Von einem solchen kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil das Gesellschaftsvermögen nicht einen Bestandteil des Privatvermögens der Gesellschafter bildet. Es gelten aber auch im übrigen andere Grundsätze als bei der Geltendmachung eines Absonderungsrechtes. Der Gesellschaftsgläubiger kann seine Forderung, ohne dass es einer Glaubhaftmachung des mutmasslichen Ausfalles bedarf, ihrem ganzen Betrage nach im Konkurse über das Privatvermögen wie in dem über das Gesellschaftsvermögen anmelden. Auch wird der Anteil vorerst nach dem vollen Betrage der Forderung berechnet, weil es möglich ist, dass der Gläubiger im Gesellschaftskonkurse nichts erhält bezw. auf Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verzichtet. Es darf jedoch nicht mehr als „der Ausfall" an den Gläubiger bezahlt werden, weil er sonst mehr erhalten würde, als er zu fordern hat. Deshalb wird sein Anteil zurückgehalten, bis feststeht, welchen Betrag der Ausfall erreicht. Diese Zurückhaltung dauert auch dann fort, wenn die Schlussverteilung stattgefunden hat, während die für den Absonderungsberechtigten zurückbehaltenen Beträge nach § 144 für die Schlussverteilung frei werden, wenn den Voraussetzungen des § 141 Abs. 1 nicht genügt ist. (Vgl. auch M. S. 451, 452.)

Wenn die Ausfallsforderung feststeht, wird hieraus im Konkursverfahren über das Privatvermögen der in Frage stehenden Gesellschafter die Dividende berechnet. Der Gläubiger erhält, obgleich nach § 201 der volle Betrag der Forderung an die Gesellschaft zurückgehalten werden musste, in dem Konkurse über das Privatvermögen eines Gesellschafters immer nur einen Teil seiner Ausfallsforderung, d. h. dessen, wofür er im Gesellschaftskonkurse nicht befriedigt wurde. Soweit es sich um das Verhältnis zwischen dem Gesellschaftskonkurse und demjenigen über das Privatvermögen eines Gesellschafters handelt, kommt § 61, der voraussetzt, dass jeder Schuldner für dieselbe Leistung auf das Ganze haftet, nicht zur Anwendung. Mit Rücksicht auf die Beschränkung auf eine Ausfallsforderung verweist § 201 auch auf § 57. Anders liegt die Sache dagegen, soweit der Gläubiger seine Forderung in verschiedenen Konkursverfahren über das Privatvermögen von mehreren Gesellschaftern geltend macht. Hier ist § 61 massgebend. Der Gläubiger kann sonach in jedem Konkursverfahren die volle Ausfallsforderung anmelden.[2])

[1]) A. M. O.-L.-G. Hamburg 13. Nov. 1888, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.), Bd. X. S. 9.

[2]) Vgl. Cosack, Lehrbuch des H.-R. S. 431 § 61 Nr. IV.; Endemann, Konkursverf. S. 336 Anm. 35; Fitting S. 399 § 55 Anm. 13; Fuchs S. 163; Hullmann S. 350, 351; v. Sarwey S. 859 Nr. 2 Bem. 5; Stieglitz S. 697; v. Völderndorff Bd. II. S. 696, 699; Wengler S. 680, 681; Willenbücher S. 233 Nr. 2b; v. Wilmowski S. 468.

Der Umstand, dass es zunächst ungewiss ist, was der Gläubiger aus dem Privatvermögen eines Gesellschafters zu beanspruchen habe, steht dessen Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens nicht im Wege, da auch solche Forderungen zu diesem Antrage berechtigen, welche bedingt sind oder deren Geldwert nicht feststeht. (Bem. III. 1 zu §§ 95 ff. S. 372.) [1])

§ 202.

Für das Konkursverfahren über einen Nachlass ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

§ 203.

Die Eröffnung des Verfahrens setzt die Überschuldung des Nachlasses voraus.

§ 204.

Die Eröffnung des Verfahrens wird nicht dadurch gehindert, dass der Erbe noch eine Überlegungsfrist hat.

§ 205.

Zu dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens ist jeder Erbe oder Vertreter des Nachlasses und jeder Nachlassgläubiger berechtigt.

Wird der Antrag nicht von allen Erben oder Nachlassvertretern gestellt, so ist derselbe zuzulassen, wenn die Überschuldung glaubhaft gemacht wird. Das Gericht hat die übrigen Erben oder Nachlassvertreter nach Massgabe des § 97 Abs. 2, 3 zu hören.

§ 206.

Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden.

(E. §§ 202—206; M. S. 452—456; K. S. 125; pr. K.-O. §§ 319—324, 114 Z. 2, 326, 335 Abs. 2, 338, 357.)

1. Konkursverfahren über einen Nachlass. Allgemeine Bemerkungen. Zuständigkeit. (§ 202.)

Über einen Nachlass kann sowohl dann ein Konkursverfahren stattfinden, wenn ein Erbe noch fehlt, als auch dann, wenn die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars

[1]) Vgl. O.-L.-G. Hamburg 23. Dez. 1887 und 10. Jan. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 255, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. IX. S. 147.

angetreten worden ist. Aus der Zulassung eines Nachlasskonkurses darf indessen, wie auch in den Motiven (S. 452) hervorgehoben worden ist, ebensowenig wie bei den Gesellschaftskonkursen gefolgert werden, dass die Konkursordnung den Nachlass als juristische Person auffasse. Auch der erblose Nachlass hat oder findet seinen Herrn, und der „Benefizialerbe“ ist, wenngleich er die Pflichten eines Verwalters haben mag, Eigentümer des Nachlasses. Die Trennung, welche alle Rechtssysteme zwischen dem Nachlasse und dem Vermögen des noch unbekannten oder des Benefizialerben sowie zwischen den Nachlassgläubigern und den Gläubigern des Erben aufstellen, ist aber so durchgreifend, dass es für gerechtfertigt gehalten wurde, den Nachlass als selbständiges Vermögensganzes und dessen bisherigen Träger als Gemeinschuldner zu behandeln. Der Nachlasskonkurs muss demzufolge auf den Namen des Erblassers und in dem Gerichtsstande der Erbschaft (C.-P.-O. § 28) eröffnet werden. (M. a. a. O.) In der Eröffnungsformel darf allerdings, wie v. Völderndorff (Bd. II. S. 702 ff.) mit Recht bemerkt, nicht bloss der Name des Erblassers genannt, muss vielmehr gesagt werden, dass über dessen Nachlass der Konkurs eröffnet werde. Aber eine andere Auffassung liegt gewiss auch den Motiven nicht zu Grunde, deren Verfasser bloss die Annahme zurückweisen will, dass der Nachlass eine juristische Person bilde oder der Erbe als Gemeinschuldner gelten solle. Dass der in § 5 geregelte Verlust der Verfügungsbefugnis nicht den Verstorbenen, sondern den Benefizialerben oder Nachlassvertreter trifft, ändert nichts an der Thatsache, dass im Eröffnungsbeschlusse nur der Name des Erblassers zu erwähnen und über dessen Vermögen bezw. Nachlass der Konkurs zu eröffnen ist.[1]) Auch nach dem Tode eines Einzelkaufmannes darf nur über das Vermögen des Erblassers (den Nachlass) oder, falls ein Erbe vorhanden ist, der die Erbschaft ohne Rechtswohlthat des Inventars angenommen hat, über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet werden. Die Eröffnung des Konkurses „über die Firma“ hat keine rechtliche Bedeutung, weil diese ein Rechtssubjekt nicht ist.[2])

Daraus, dass der Nachlass nicht als juristische Person aufzufassen ist, folgt, dass Grundeigentum im Grund- oder Hypothekenbuche nur auf den Erben, und solange die Erbschaft noch nicht angetreten ist, überhaupt nicht umgeschrieben werden kann. (Bem. I. 2 zu § 5 S. 29 Anm. 5.) Da der Konkurs nicht über das Vermögen der Erben, sondern nur über den Nachlass eröffnet wird, muss der Konkursverwalter als Vertreter des Erblassers angesehen werden.[3]) Derselbe hat aber, sofern Erben vorhanden sind, auch diejenigen Rechte auszuüben, welche den Erben als solchen zustehen, d. h. vom Erblasser auf dieselben übergegangen sind. Deshalb kann er auch von dem Kündigungsrechte Gebrauch machen, welches das preussische allgemeine Landrecht Teil I. Tit. 21 § 371 den Erben des Mieters einräumt.[4])

Das Konkursverfahren wird in der Regel den ganzen Nachlass zum Gegenstande haben, auch wenn mehrere Erben vorhanden sind. Sofern letztern Falles der Nachlass kraft Gesetzes in verschiedene Erbteile zerfällt oder zufolge Auseinandersetzung der Miterben geteilt ist, kann jedoch ein Konkursverfahren auch über den Erbteil eines unbekannten oder eines mit der Rechtswohlthat des Inventars erbenden Miterben stattfinden, sofern der Erbteil im Verhältnisse zu den Anteilen der andern Miterben und im Verhältnisse zu dem eigenen Vermögen des Erben ein rechtlich getrenntes, selbständiges Vermögen bildet.

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 638; Fitting S. 401 § 56 Anm. 2; v. Sarwey S. 862 Nr. 3; Stieglitz S. 697; Wengler S. 682; v. Wilmowski S. 468; O.-L.-G. Frankfurt 27. Jan. 1883, Frankf. Rundschau 1883 S. 69. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 702—704, welcher den Nachlass selbst als Gemeinschuldner betrachtet. Letzterer giebt übrigens zu, dass in Ansehung der Ausübung der Anfechtungs- und Aufrechnungsbefugnis sowie der Anwendung des § 56 Z. 4 nur der Erblasser als Gemeinschuldner gelten kann.

[2]) Vgl. O.-L.-G. Köln 8. März 1884, rhein. Arch. Bd. 74 Abt. II. S. 102 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 13. Apr. 1887, Entsch. Bd. XVIII. S. 269 ff., bes. S. 272.

[4]) Vgl. R.-G. a. a. O.

Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen.[1]) (M. a. a. O.) Voraussetzung des Nachlasskonkurses ist hienach, dass den Gläubigern nur der Nachlass, nicht auch ein Erbe für ihre Forderungen haftet, indem ein solcher entweder ganz fehlt oder die Gläubiger doch auf den Nachlass verweisen kann. Hat der Erbe die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventars angenommen, oder haftet er den Gläubigern persönlich, weil er es unterliess, in gehöriger Form und Frist auf die Erbschaft zu verzichten, oder weil er sich in die Erbschaft eingemischt hat, so ist ein Konkurs über den Nachlass ausgeschlossen. Die Gläubiger haben sich lediglich an den oder die Erben zu halten und es ist, falls ein Erbe zahlungsunfähig ist, über dessen Vermögen der Konkurs zu eröffnen. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, dass den Erbschaftsgläubigern gemäss § 43 ein Absonderungsrecht bezüglich der zu einem bestimmten Nachlasse gehörigen Gegenstände zusteht. Ist über das Vermögen einer Person der Konkurs eröffnet worden, so bleibt das Verfahren, auch wenn dieselbe stirbt, in Kraft und zwar auch dann, wenn ein Erbe die Erbschaft ohne Vorbehalt antritt. Ebenso wird der anhängige Nachlasskonkurs durch die Veränderung der Umstände nicht berührt. Falls dem Erben nach dem bürgerlichen Rechte eine Überlegungsfrist zusteht und während derselben das Konkursverfahren eröffnet wird, so bleibt dasselbe auch dann anhängig, wenn der Erbe die Erbschaft unbedingt antritt oder die Überlegungsfrist unbenützt verstreichen lässt, und deshalb so behandelt wird, als habe er die Erbschaft unbedingt angetreten. (Vgl. Windscheid Bd. III. S. 206 § 598 Z. 2.) Das Verfahren kann nicht von selbst in Wegfall kommen. Vielmehr ist es Sache des Erben, die Aufhebung bezw. Einstellung herbeizuführen. In solchen Fällen bleibt das Verfahren auf den Nachlass beschränkt, weil für den Umfang der Masse der Zeitpunkt der Konkurseröffnung massgebend ist. (§ 1.) Wer die Verpflichtungen zu erfüllen hat, welche nach der Konkursordnung dem Gemeinschuldner obliegen, ist in der Konkursordnung nicht bestimmt, kann aber auch nicht nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes beurteilt werden. (§ 4 E.-G.) Als Gemeinschuldner wird hier der Erbe zu behandeln sein, weil die Konkursmasse nachträglich sein Vermögen geworden ist. Insbesondere muss dies in Ansehung der §§ 188 und 192 gelten.

Hinsichtlich der Zuständigkeit des Gerichtes, deren Bestimmung in der Regel keine Schwierigkeit machen wird, ist auf den Kommentar von Petersen zur Civilprozessordnung (Bem. I. 1 zu § 28) zu verweisen.

2. *Voraussetzungen der Konkurseröffnung.* (§§ 203 und 204.)

Da bei dem Konkurse über einen Nachlass nicht wie bei andern Konkursen eine physische oder juristische Person vorhanden ist, „welche als bleibender Herr eines nach Wert und Umfang veränderlichen Vermögens mit diesem in die Wechselfälle des Verkehrs tritt“ (M. S. 452, 453), wurde hier von dem Erfordernisse der Zahlungsunfähigkeit abgesehen. Damit der Konkurs über einen Nachlass eröffnet werden kann, wird vielmehr der Nachweis verlangt, dass derselbe überschuldet sei. Mag es sich um eine erblose Verlassenschaft handeln, oder mag der Erbe von der Rechtswohlthat des Inventars Gebrauch gemacht haben: immer haben die Gläubiger lediglich aus einem von der Person ihres Schuldners losgetrennten Vermögensinbegriff, dessen Schicksal abgeschlossen ist, ihre Befriedigung zu suchen. Für die Frage, ob der Konkurs zu eröffnen sei, kann daher nur die Zulänglichkeit oder Unzulänglichkeit des Nachlasses entscheidend sein. Im erstern Falle fehlt für die Gläubiger das rechtliche Interesse an einem Konkursverfahren; die gewöhnlichen prozessualen Mittel genügen, ihnen durch den Erben oder Nachlassvertreter zu ihrer Befriedigung zu verhelfen. Reicht dagegen der Nachlass zur Deckung der Schulden nicht aus, so macht sich den Erben gegenüber der auch dem Absonderungsrechte der Gläubiger zu Grunde

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 638; Fitting S. 401 § 56 Anm. 1; v. Sarwey S. 862 Nr. 4; Stieglitz 697, 698 Nr. II.; Willenbücher S. 235 Nr. 3a; v. Wilmowski S. 469.

liegende Satz geltend: „bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno“. Der Nachlass wird für den Erben thatsächlich seinem ganzen Umfange nach zu einer fremden Sache; er hat kein Recht, mit demselben fortzuwirtschaften und ihn zum Gegenstande seiner Spekulationen zu machen. Die Gläubiger sind es in Wirklichkeit allein, welchen der Nachlass zukommt, da derselbe ausschliesslich die Bestimmung hat, zu ihrer gemeinschaftlichen und gleichmässigen Verwendung zu dienen. (M. S. 453.) Die Vorschrift des § 203 kommt auch dann zur Anwendung, wenn es sich um den Nachlass eines Kaufmannes handelt und derselbe schon bei Lebzeiten seine Zahlungen eingestellt hat. Eine Vorschrift, welche mit Rücksicht auf die bereits erfolgte Zahlungseinstellung die nachträgliche Eröffnung des Konkurses gestattet (Art. 437 des französ. Fallimentsgesetzes und § 114 der pr. K.-O.), wurde nach dem Systeme der Konkursordnung für ungerechtfertigt gehalten. Hieraus folgt jedoch nicht, dass für den Konkurs über einen Nachlass die bei Lebzeiten erfolgte Zahlungseinstellung des Erblassers vollständig bedeutungslos sei. Formell wird dieselbe immer ein erhebliches Moment für den Beweis der Unzulänglichkeit des Nachlasses abgeben, und materiell behält sie, wenn es auf Grund der letztern zur Konkurseröffnung kommt, für die Anfechtung der von dem Erblasser oder dem Erben vorgenommenen Rechtshandlungen (§ 33) ihre volle Wirkung. (M. S. 454.) Für das Verbot der Forderungsübertragung (§ 42) und die Beschränkung der Aufrechnungsbefugnis (§§ 48, 49) kommt hienach die Zahlungseinstellung des Erblassers oder diejenige des Erben in Betracht, je nachdem dieselbe bei Lebzeiten des Erblassers oder nach Einmischung des Erben in die Erbschaft erfolgt ist.[1]) Die Feststellung der Überschuldung begegnet hier nicht denselben Schwierigkeiten, wie bei dem Vermögen eines Lebenden und ist vielfach erleichtert durch die ohnedies gebotene Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses. Eine weitere Erleichterung derselben durch gesetzliche Fiktionen und Vermutungen (§§ 323 und 357 der pr. K.-O.) wurde mit Rücksicht auf die Aufhebung der positiven Beweisregeln (§ 259 C.-P.-O.) für überflüssig gehalten. (M. a. a. O.)

Ist die Überschuldung des Nachlasses nachgewiesen, so kann die Konkurseröffnung auch dann erfolgen, wenn dem Erben nach dem geltenden Rechte noch die gesetzliche Überlegungsfrist zu statten kommt. Eine Vorschrift, wie sie § 324 der preussischen Konkursordnung für den gemeinen Konkurs enthielt, wurde in den Motiven (S. 454 ff.) für ungerechtfertigt erklärt, da der Erbe durch die Konkurseröffnung nicht zu Verfügungen über den Nachlass gedrängt werde, welche sein Recht auf Erbschaftsentsagung oder auf die Rechtswohlthat des Inventars gefährden oder wenigstens eine persönliche Verantwortlichkeit desselben durch Verletzung der Prioritätsordnung begründen könnten, auch die Vertretung des Nachlasses in dem Eröffnungsverfahren eine für den Erben nachteilige „pro herede gestio“ oder „immixtio“ unzweifelhaft nicht darstelle. Bezüglich des Beschwerderechtes des Testamentsvollstreckers ist Bem. 1 zu § 101 S. 383 Anm. 2 zu vergleichen.

3. *Berechtigung zum Antrage. Zwangsvergleich.* (§§ 205, 206.)

Aus der Selbständigkeit des Nachlasses und des Nachlasskonkurses ergiebt sich, dass das Recht auf Konkurseröffnung von dem im § 43 bestimmten Absonderungsrechte unabhängig ist. Auch Nachlassgläubiger, welche ein Absonderungsrecht nicht würden geltend machen können, sind daher befugt, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, wenn sie ihre Forderung und die Überschuldung des Nachlasses glaubhaft machen. An Stelle des Erblassers sind die Erben oder die nach Landesrecht zur Vertretung des Nachlasses befugten Personen, Nachlasskuratoren, Testamentsvollstrecker gemäss § 97 u. s. w. zu hören. Als Erben können nur solche Personen gelten, welche nach dem bürgerlichen Rechte die Erbschaft erworben haben, sei es, dass hiezu eine Erbschaftsantretung nicht erforderlich,

[1]) R.-G. (V.) 31 Jan. 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 482, Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 423, 424, jur. Wochenschr. 1885 S. 92, 93.

sei es, dass dieselbe erfolgt ist. Ausserdem wird vorausgesetzt, dass dem Erben die Rechtswohlthat des Inventars zur Seite steht, weil sonst die Voraussetzungen zu einem Nachlasskonkurse nicht vorliegen. Jedem derartigen Erben sowie jedem Nachlassvertreter und Nachlassgläubiger steht das Recht zu, die Konkurseröffnung über den Nachlass zu beantragen. Soweit die Eigenschaft als Erbe durch vorausgegangene Erbschaftsantretung bedingt ist, kann eine zur Erbschaft berufene Person erst dann als antragsberechtigt gelten, wenn sie die Erbschaft (mit der Rechtswohlthat des Inventars) angetreten hat.[1] Geht der Antrag nicht von allen Berechtigten gemeinschaftlich aus, so hat ebenso wie nach den §§ 194, 195 und 199 die Glaubhaftmachung der Überschuldung und die Anhörung der übrigen Erben oder Vertreter zu erfolgen. Den Vermächtnisnehmern steht das Recht, die Konkurseröffnung zu beantragen, nicht zu. Vielmehr haben sie nur unter den im § 43 angegebenen Voraussetzungen einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung.[2] Als Konkursgläubiger im Nachlasskonkurse sind diejenigen Gläubiger anzusehen, welchen eine persönliche Forderung gegen den Erblasser selbst zustand oder zu deren Gunsten vor der Konkurseröffnung eine aus dem Nachlasse zu befriedigende Forderung (z. B. wegen Bereicherung oder nützlicher Verwendung) entstanden ist. Die Forderung der Staatskasse hinsichtlich der Sterbfallgebühren (Erbschaftssteuern) kann nicht im Nachlasskonkurse geltend gemacht werden, weil derartige Forderungen lediglich gegen die Erben gerichtet sind. (Bem. III. 1 zu § 2 S. 18 Anm. 1 und Bem. III. 2 zu § 54 S. 275. Wie zu verfahren ist, wenn sich die Überschuldung eines erbenlosen Nachlasses herausstellt, die Konkurseröffnung aber nicht beantragt wird, richtet sich nach den Landesgesetzen. Eine Konkurseröffnung kann nach § 95 von Amts wegen nicht erfolgen.[3])

Dass der Zwangsvergleich nur auf Vorschlag aller Erben oder Nachlassvertreter geschlossen werden kann, hat in der Gemeinschaftlichkeit ihrer Befugnisse über den Nachlass seinen Grund. (M. S. 456.) § 206 findet übrigens auch dann Anwendung, wenn der Gemeinschuldner während des schwebenden Konkursverfahrens gestorben ist.[4]) Welche Rechte den einzelnen Erben bezw. Vertretern bezüglich der dem Gemeinschuldner nach der Konkursordnung zukommenden Befugnisse zustehen, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurteilen. In der Regel wird ein gemeinschaftliches Handeln derselben erforderlich sein, damit eine Rechtshandlung als wirksam anzusehen ist. Was die dem Gemeinschuldner obliegenden Verbindlichkeiten anbelangt, so sind dieselben auch hier von den Erben bezw. Nachlassvertretern zu erfüllen. Insbesondere ist jeder Erbe oder Vertreter zur Auskunftserteilung und Leistung des Offenbarungseides verpflichtet und darf deshalb seinen Wohnort nicht ohne die Erlaubnis des Gerichtes verlassen. (Bem. 4 zu §§ 193 ff.)[5]) Bezüglich der Fälle, in welchen der Zwangsvergleich ausgeschlossen ist, vergleiche Bem. 1 zu § 162 S. 505.

§ 207.

Besitzt ein Schuldner, über dessen Vermögen im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensgegenstände

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 639; Fitting S. 402 § 56 Anm. 9; Hullmann S. 353 Nr. 4; Stieglitz S. 700; Willenbücher S. 235 Nr. 5a. A. M. v. Sarwey, S. 865 Nr. 1; Wengler S. 686.

[2]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 640; v. Sarwey und Stieglitz a. a. O.; v. Völderndorff Bd. II. S. 709, 710; Wengler S. 686; Willenbücher S. 235 Nr. 3c; v. Wilmowski S. 471 Nr. 1.

[3]) Wegen Württemberg vgl. Würt. Jahrb. Bd. I. S. 93 ff.

[4]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 640; v. Sarwey S. 866 Nr. 2.

[5]) Vgl. Fitting S. 403 § 56 Anm. 12; Hullmann S. 353; Stieglitz S. 701; Willenbücher S. 235 Nr. 6b; v. Wilmowski S. 471 Nr. 2. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 711, welcher die erwähnten Verpflichtungen nur insoweit anerkennt, als dieselben nicht auf der K.-O., sondern auf dem bürgerlichen Rechte beruhen.

im Inlande, so ist die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zulässig.

Ausnahmen von dieser Bestimmung können unter Zustimmung des Bundesrates durch Anordnung des Reichskanzlers getroffen werden.

§ 208.

Ein Konkursverfahren über das im Inlande befindliche Vermögen eines Schuldners, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, findet statt, wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines andern Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden.

Dasselbe gilt, wenn ein Schuldner, welcher im Deutschen Reiche keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, im Inlande ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutzniesser oder Pächter bewirtschaftet.

Für das Verfahren ist das Amtsgericht ausschliesslich zuständig, in dessen Bezirke die Niederlassung oder das Gut sich befindet.

Ist im Auslande ein Konkursverfahren eröffnet, so bedarf es nicht des Nachweises der Zahlungsunfähigkeit zur Eröffnung des inländischen Verfahrens.

(E. §§ 207, 208; M. S. 456—459; K. S. 125, 196—200; pr. K.-O. §§ 292 bis 296.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Das Verhältnis eines im Auslande schwebenden Konkursverfahrens zu dem im Inlande befindlichen Vermögen des Gemeinschuldners ist im allgemeinen nach den Grundsätzen des „internationalen Privatrechts" zu beurteilen. In diesem hat das in der bayerischen Prozessordnung (Art. 1174) noch festgehaltene Territorialprinzip immer mehr Boden verloren und der Grundsatz Anerkennung gefunden, dass zwischen ausländischen und inländischen Gläubigern ein Unterschied nicht bestehe und das in einem Staate eröffnete Konkursverfahren seine Wirkung auch auf dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners äussere, welches sich in einem andern Staate befindet. Diese Auffassung liegt der Vorschrift des § 4 Abs. 1 zu Grunde und wird grundsätzlich von der Konkursordnung nach allen Richtungen festgehalten. Demgemäss ist eine Befugnis ausländischer Konkursverwalter, zur Konkursmasse im Inlande befindliches Vermögen zu ziehen, nicht beseitigt und die Auslieferung desselben seitens inländischer Behörden nicht beschränkt worden. Ferner müssen sich, wenn im Auslande das Konkursverfahren eingeleitet wird, die Handlungsfähigkeit des Gemeinschuldners, die Fähigkeit, sein Vermögen zu verwalten, vor Gericht aufzutreten, die Legitimation des Konkursverwalters, der Umfang seiner Thätigkeit, die Anmelde- und Ausschlussfristen, der Rang der Forderungen, die Fragen, unter welchen materiellen Voraussetzungen und Formen das Verfahren zu eröffnen und zu beendigen ist, welchen Einfluss die Eröffnung des Verfahrens auf die Rechtsverhältnisse des Gemeinschuldners ausübt, endlich die Zu-

lässigkeit des Zwangsvergleiches und seine Wirkungen nach dem Rechte des Konkursgerichtes bestimmen.[1]) Nur bei dinglichen Rechten an den im Inlande befindlichen Vermögensstücken richtet sich die Verfolgung nach dem Rechte des Orts der belegenen Sache. Wegen persönlicher Forderungen haben die inländischen Gläubiger des Ausländers ihre Befriedigung bei dem Konkursgerichte des Auslandes nach dortigem Rechte zu suchen; inländisches Vermögen muss, falls der ausländische Konkurs das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners umfasst, zur ausländischen Konkursmasse gezogen werden. Das gleiche ist natürlich von den ausländischen Gläubigern und dem ausländischen Vermögen eines Inländers zu behaupten, jedoch immer vorbehaltlich des Vergeltungsrechtes, wenn diese Grundsätze im Auslande nicht anerkannt werden. Das Vergeltungsrecht ist aber nur politischer Natur und nicht geeignet, den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu beseitigen. (M. S. 457, 458.)

II. Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung.

1) Der § 207 enthält eine Beschränkung des in Bem. I. erörterten Grundsatzes, insofern die Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen eines Gemeinschuldners ungeachtet des im Auslande eröffneten Konkurses auch dann unbedingt zulässig ist, wenn das ausländische Recht die Zwangsvollstreckungen einzelner Gläubiger (ebenso wie § 11 der K.-O.) untersagt. Diese Beschränkung hat in § 24 der Civilprozessordnung ihren Grund. Der in dieser Vorschrift gegen Ausländer zugelassene allgemeine Gerichtsstand des Vermögens ist zwar unabhängig davon, dass das Vermögen der Zwangsvollstreckung unterliegt.[2]) Aber derselbe soll doch die Gläubiger vorzugsweise dadurch schützen, dass die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können. Die Konkursordnung verneint die in der Civilprozessordnung offen gelassene Frage, ob ein ausländischer Konkurs die im Inlande betriebene Zwangsvollstreckung hindern oder entkräften soll, und bestätigt insoweit das zumeist geltende Recht. Einzelnen Staaten gegenüber giebt Abs. 2 die Handhabe, von der Regel des § 207 Abs. 1 Ausnahmen zu treffen. (M. S. 458.) Ein Antrag, den § 207 zu streichen, weil der internationale Standpunkt darin nicht genügend gewahrt werde, wurde von der Reichstagskommission (K. S. 196—200) abgelehnt. Bei der Beratung erklärte aber Hagens, dass der Entwurf die volle Wirkung des ausländischen Konkurses im Grundsatze anerkenne und nur die Möglichkeit wahren wolle, bestimmten Staaten gegenüber namentlich im Falle mangelnder Gegenseitigkeit diese Wirksamkeit zu beschränken. Dass die Zwangsvollstreckung im § nicht als Ausnahme zugelassen sondern deren Zulässigkeit als Regel aufgestellt worden ist, wurde damit gerechtfertigt, dass dieser Weg politisch vorzuziehen sei. „Durch Anwendung einer allgemeinen Regel könne sich kein Staat verletzt fühlen; die Anwendung der zugelassenen Ausnahme erscheine als Akt der Komität und sichere die Gegenseitigkeit. Bei der umgekehrten Regel aber ausnahmsweise einem Staate zu sagen, dass man gerade ihm nicht traue, habe etwas sehr Missliches.“ (K. S. 197, 198.) Während die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung formell als Regel aufgestellt wurde, ist hienach der Zustand, in welchem dieselbe durch Staatsverträge oder besondere Anordnungen gegenseitig ausgeschlossen und den inländischen

[1]) Vgl. hiezu besonders: Savigny, System Bd. 8. S. 286 ff.; Bar, internationales Privatrecht S. 492 ff.; Story, commentaries on the conflicts of laws etc. §§ 335, 338 ff., 408; Foelix, traité du droit international Bd. I. Nr. 119, Bd. II. Nr. 308, 468, 538; rheinisches Archiv Bd. 57 Abt. II. A. S. 79, Bd. 58 Abt. II. A. S. 198; Entscheid. des preuss. Obertribunals Bd. 9 S. 477, Bd. 47 S. 396; Striethorst, Archiv Bd. 26 S. 132, 233, Bd. 29 S. 94; Entscheid. des R.-O.-H.-G. Bd. 2 S. 67, Bd. 3 S. 68, Bd. 7 S. 24, Bd. 9 S. 7.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 29. April 1881, (III.) 28. März 1882, (I.) 26. Mai 1886, Entsch. Bd. IV. S. 408, Bd. VI. S. 403, Bd. XVI. S. 392; Förster, C.-P.-O. Bd. I. S. 38; Gaupp, C.-P.-O. (II. Aufl.) S. 58 Bem. I.c; Hellmann, Lehrb. S. 110; Struckmann-Koch S. 22 Nr. 3; Wilmowski-Levy S. 50 Nr. 3; Wach, Handb. Bd. I. S. 420. A. M. v. Planck, Lehrb. S. 63; L. Seuffert, C.-P.-O. (IV. Aufl.) S. 26 Nr. 4.

wie den ausländischen Konkursen auch in dieser Richtung volle Wirksamkeit zugestanden wird, als der wünschenswerte und regelmässig anzustrebende betrachtet worden. Die Thätigkeit des Reichskanzlers und Bundesrates ist hiebei natürlich nicht so gedacht, dass in einzelnen Fällen eingegriffen und die Zwangsvollstreckung untersagt, sondern derart, dass bestimmten Staaten gegenüber, welche der Forderung der Gegenseitigkeit entsprechen, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung überhaupt ausgeschlossen wird. Dass zum Zwecke der Vergeltung die Wirkung des ausländischen Konkursverfahrens in Ansehung des im Inlande befindlichen Vermögens noch mehr eingeschränkt, z. B. die Aushändigung des als zur Konkursmasse gehörigen Vermögens unbedingt verboten oder unter Zurücksetzung der ausländischen Gläubiger ein selbständiger Konkurs im Inlande eröffnet werde, gestattet § 207 Abs. 2 nicht. Derselbe lässt seinem Wortlaute nach nur Ausnahmen von der im Abs. 1 enthaltenen besondern Bestimmung sonach Durchführung des allgemeinen Grundsatzes zu, von welchem Abs. 1 selbst eine Ausnahme bildet. Diese Auffassung, welche in den Motiven (a. a. O.) gleichfalls Ausdruck gefunden hat, entspricht aber auch allein der oben dargelegten Absicht, entgegenkommendes Verhalten anderer Staaten zu erwidern und nur im allgemeinen die Zwangsvollstreckung in das inländische Vermögen zu gestatten.[1])

2) Durch die Vorschrift des § wird an sich nicht ausgeschlossen, dass ein ausländischer Konkursverwalter die zur Konkursmasse gehörigen, in Deutschland befindlichen Vermögensteile in das Ausland bringt. Auch kann derselbe, wenn ein solcher Gegenstand widerrechtlich zurückgehalten wird, die Hilfe der deutschen Gerichte in Anspruch nehmen. Die Wirksamkeit des ausländischen Konkurses ist bloss nach einer bestimmten Richtung hin beschränkt. Falls nicht eine gemäss Abs. 2 erlassene Anordnung im Wege steht, können die Gläubiger des Gemeinschuldners den Weg der Zwangsvollstreckung betreten und alle aus dieser abzuleitenden Rechte in derselben Weise geltend machen, als ob die Konkurseröffnung nicht erfolgt wäre. Insbesondere können sie das in den §§ 709 und 810 der Civilprozessordnung vorgesehene Pfändungspfandrecht erwerben. Der Konkursverwalter kann ihnen nicht entgegenhalten, dass eine Zwangsvollstreckung nach dem am Orte des Konkursgerichtes geltenden Rechte unstatthaft ist. Von dieser Befugnis können auch ausländische Gläubiger Gebrauch machen. Ebenso kommt nichts darauf an, ob der Gemeinschuldner selbst, über dessen Vermögen im Auslande Konkurs eröffnet wurde, Ausländer oder Deutscher ist.[2])

3) Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung ist im Gesetze nicht auf solche Vollstreckungstitel beschränkt, welche schon zur Zeit der Konkurseröffnung vorhanden waren.[3]) Auch kann kein Zweifel darüber bestehen, dass die Gläubiger, ungeachtet des im Auslande eröffneten Konkursverfahrens, befugt sind, sich auf dem Wege des Mahnverfahrens oder der Klage solche Titel zu verschaffen bezw. die Verurteilung des Schuldners zu erwirken. Als zweifelhaft kann es nur erscheinen, ob die Klage gegen den Gemeinschuldner selbst oder, mit Rücksicht auf die durch das Konkursverfahren bewirkte, nach dem Rechte des Wohnortes zu beurteilende, Verfügungsunfähigkeit desselben, gegen den ausländischen Konkursverwalter zu richten ist. Im allgemeinen gilt nun zwar der Grundsatz, dass das im Auslande eröffnete Konkursverfahren seine Wirkungen auch im Inlande äussert. Verfügungen, welche der Gemeinschuldner in Beziehung auf die im Auslande befindliche Konkursmasse trifft, sind deshalb bezüglich ihrer Gültigkeit nach dem ausländischen Rechte zu beurteilen. (Bem. I. S. 572.) Aus der im § 207 getroffenen Vorschrift muss aber gefolgert werden, dass das im Inlande befindliche Vermögen, soweit die zwangsweise Befriedigung aus demselben in Frage steht, nicht als Bestandteil der Konkursmasse angesehen und behandelt werden darf, sonach auch in dieser Beziehung die Prozessfähigkeit des Schuldners durch

1) Vgl. Fitting S. 406 § 57 Anm. 14. A. M. Stieglitz S. 705 Nr. II. 3 und v. Völderndorff Bd. II. S. 717.

2) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 715, 716; Willenbücher S. 236 Nr. 2; v. Wilmowski S. 472 Nr. 2.

3) Vgl. O.-L.-G. Köln 14. Juli 1834 und R.-G. (II.) 13. Jan. 1885, rhein. Arch. Bd. 75 Abt. II. S. 164; R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 401 ff.

die ausländische Konkurseröffnung nicht berührt wird. Wie die Zwangsvollstreckung selbst, so darf hienach auch die gerichtliche Verfolgung insbesondere die auf Erlangung eines Vollstreckungstitels gerichtete Klage gegen den Gemeinschuldner selbst angestellt werden.[1]) Dieselben Gründe führen zu der Annahme, dass ein bereits anhängiger Prozess, sofern und solange sich Vermögen des Schuldners im Inlande befindet, durch die im Auslande erfolgte Konkurseröffnung nicht (gemäss § 218 der C.-P.-O.) unterbrochen wird.[2]) Auf blosse Feststellungsklagen erstreckt sich die Befugnis, den Gemeinschuldner selbst zu verklagen, nicht, weil nur für die Erlangung eines Vollstreckungstitels bezw. für den Zugriff auf das im Inlande befindliche Vermögen, die Prozessfähigkeit des Schuldners aus § 207 abgeleitet werden kann.[3]) Auch steht dem Schuldner nicht das Recht zu, durch Widerklage Ansprüche zu erheben, welche sich auf das im Auslande befindliche Vermögen beziehen und als Bestandteil der Konkursmasse anzusehen sind.[4]) Wenn der ausländische Konkursverwalter die Zulässigkeit der Befriedigung aus dem inländischen Vermögen bestreitet und dessen Widerspruch beseitigt werden soll, ist auch die im Inlande zu erhebende Klage gegen diesen Verwalter, nicht gegen den Gemeinschuldner zu richten.[5]) Ist über das Vermögen einer im Auslande bestehenden Handelsgesellschaft oder Genossenschaft das Konkursverfahren eröffnet und dadurch deren Auflösung herbeigeführt worden, so liegt die Sache anders, als wenn es sich um eine physische Person handelt. Auch in diesem Falle kann zwar im Inlande gegen die Gesellschaft bezw. Genossenschaft Klage erhoben werden. Da aber die im Auslande durch das Konkursverfahren herbeigeführten Veränderungen in der Organisation der Gesellschaft ihre Wirkung auch auf Deutschland erstrecken, darf die Klage nicht gegen die frühern, durch das Konkursverfahren beseitigten Organe gerichtet werden. Vielmehr ist der Konkursverwalter, wenn er nach dem Rechte des Landes die Gesellschaft in allen Prozessen vertritt, auch in Deutschland als deren Vertreter zu behandeln, die Klage sonach gegen ihn zu richten.[6]) Bei allen Klagen gegen den Schuldner selbst ist, da die im Inlande befindlichen Gegenstände nach deutschem Rechte als Bestandteile von dessen Vermögen behandelt werden, der Gerichtsstand des § 24 auch dann begründet, wenn nach ausländischem Rechte das Konkursverfahren einen Übergang der Konkursmasse auf die Gläubiger zur Folge haben sollte. Diese Rechtsnachfolge hat nach § 207 für das im Inlande gelegene Vermögen keine Bedeutung.[7]) Das gegen den Gemeinschuldner erwirkte inländische Urteil kann natürlich nur im Inlande, nicht im Auslande (gegen die Konkursmasse) vollstreckt werden. Eine ausdrückliche Beschränkung der Wirkungen auf die im Inlande vorzunehmende Zwangsvollstreckung ist aber ebenso überflüssig wie bei andern Urteilen, deren Vollstreckbarkeit sich nicht auf das Ausland erstreckt.[8]) Soweit der Gemeinschuldner im Inlande als prozessfähig anzusehen ist, richten sich seine prozessualischen Rechte und Verpflichtungen in dem in Deutschland geführten Prozesse nach der deutschen Civilprozessordnung. Insbesondere ist die Wirkung von Anerkenntnissen, Geständnissen, Eideszuschiebungen und Vergleichen

[1]) Vgl. v. Sarwey S. 870 Nr. 4; Schmidt in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 1 ff., bes. 22 ff.; v. Wilmowski S. 473 Nr. 2; R.-G. (III.) 28 März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 401 ff.; (I.) 11. Dez. 1884, jur. Wochenschr. 1885 S. 212 und Bolze Bd. I. Nr. 40, (I.) 21. Jan. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 412 ff.; O.-L.-G. Hamburg 24. Juni 1884, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. V. S. 181. A. M. v. Völderndorff Bd. II. S. 713 Anm. 4; Willenbücher S. 237, 238 Nr. 5.

[2]) R.-G. (I.) 28. Sept. 1885, Entsch. Bd. XVI. S. 338.

[3]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 a. a. O.

[4]) R.-G. (I.) 28. Sept. 1885 a. a. O. S. 339.

[5]) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 25; v. Wilmowski S. 473 Nr. 2.

[6]) R.-G. (I.) 21. Jan. und 28. Sept. 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 412 ff., Bd. XVI. S. 338. Vgl. dag. Gierke, Genossenschaftstheorie S. 903 Anm. 1.

[7]) Vgl. R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 und 21. Jan. 1885, jur. Wochenschr. 1885 S. 212 und Bolze Bd. I. Nr. 40, Entsch. Bd. XIV. S. 412 ff.

[8]) R.-G. (I.) 11. Dez. 1884 a. a. O. S. 403, 404. A. M. anscheinend Schmidt in Buschs Zeitschr. Bd. VI. S. 28.

nach diesem Gesetzbuche zu beurteilen. Dagegen ist im übrigen, insbesondere soweit es sich um die Gültigkeit von Veräusserungen und andern vertragsmässigen Verfügungen handelt, die Verfügungsfähigkeit nach dem Rechte des Wohnortes zu beurteilen.[1]) Auch bezüglich der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen gilt das Recht des Ortes, an dem der Konkurs eröffnet worden ist, bezw. der Schuldner seinen Wohnsitz hat. (Bem. II. zu § 22 S. 95.)[2])

4) Sofern zur Zeit der ausländischen Konkurseröffnung in Deutschland bereits ein Akt der Zwangsvollstreckung stattgefunden hat, übt derselbe dem ausländischen Konkursverwalter gegenüber natürlich die nämliche Wirkung, wie wenn die Vollstreckung erst nach der Eröffnung des Verfahrens erfolgt wäre. Der pfändende Gläubiger braucht sich nicht gefallen zu lassen, dass die gepfändeten Gegenstände in das Ausland verbracht werden, und andere Pfand- und Vorzugsberechtigte können ihre Rechte bei Verteilung des Erlöses gemäss § 710 der Civilprozessordnung geltend machen. Nur derjenige Teil des Erlöses, der bei der Verteilung übrig bleibt, kann zur ausländischen Konkursmasse gezogen werden. Solange eine Zwangsvollstreckung im Inlande nicht stattgefunden hat, ist dagegen der ausländische Konkursverwalter berechtigt, die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände zu veräussern oder in das Ausland zu verbringen. Wollen die Gläubiger sich hiegegen sichern, so können sie dies durch Erwirkung eines Arrestes thun.[3]) Die blosse Erklärung des Konkursverwalters, dass er die im Inlande befindlichen Gegenstände zur Masse ziehen wolle, hindert die Gläubiger nicht, dieselben mit Arrest belegen oder pfänden zu lassen. Auch erwirbt der Verwalter dadurch ein Vorzugsrecht nicht.[4]) Im allgemeinen wird der ausländische Verwalter die zur Konkursmasse gehörigen Gegenstände nur dadurch dem Zugriffe der Gläubiger entziehen können, dass er dieselben in das Ausland verbringt oder veräussert. Eine Pfändung kann derselbe weder bezüglich der beweglichen Sachen noch in Ansehung der Forderungen vornehmen. Deshalb ist auch die Anwendung des § 744 der Civilprozessordnung ausgeschlossen. Ob eine Forderung zu den im Inlande befindlichen Vermögensgegenständen gehört, richtet sich nach dem Wohnorte des Drittschuldners. (§ 24 C.-P.-O.)[5]) Ob der ausländische Konkursverwalter durch Erwirkung eines Sperrvermerkes die Zwangsvollstreckung verhindern kann, ist nach dem geltenden bürgerlichen Rechte zu beurteilen. (§ 755 C.-P.-O.) Im Zweifel wird derselbe hiezu nicht berechtigt sein. Auf im Inlande befindliche Vermögensstücke (besonders Forderungen), welche der ausländische Verwalter zugunsten der Konkursmasse erworben haben sollte, kann § 207 keine Anwendung finden. Mit dem Wortlaute dieses § liesse sich zwar die entgegengesetzte Auffassung allenfalls vereinigen. Die zum Schutze der inländischen Gläubiger getroffene Ausnahmebestimmung kann aber nicht über ihren Zweck hinaus in der Weise ausgedehnt werden, dass diesen Gläubigern ein Vorteil zugewendet wird, der denselben ohne die Konkurseröffnung versagt bliebe. Durch § 207 sollen nur diejenigen Gegenstände in Beziehung auf die Zwangsvollstreckung von der ausländischen Konkursmasse losgelöst werden, welche der Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung im Inlande besessen hat.[6])

III. Konkursverfahren bezüglich der im Inlande befindlichen Niederlassungen.

1) Die Vorschrift des § 208 entspricht der Bestimmung des § 292 der preussischen Konkursordnung; jedoch ist die Eröffnung des Konkurses im Inlande nicht bloss dann

[1]) R.-G. (I.) 10. Dez. 1880, Juristenzeit. Bd. V. S. 301 ff.

[2]) Vgl. noch R.-G. (II.) 6. Juli 1886, rhein. Arch. Bd. 77 Abt. III. S. 99.

[3]) Vgl. Fitting S. 406 § 57 Anm. 13; Stieglitz S. 704 Nr. II. 2; R.-G. (III.) 28. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 401 ff., bes. S. 405 a. E.

[4]) Vgl. hiezu v. Völderndorff Bd. II. S. 715 Bem. I., ferner Anm. 11.

[5]) Vgl. Stieglitz S. 704.

[6]) Vgl. v. Wilmowski S. 472 Nr. 2; R.-G. (II.) 13. Jan. 1885, jur. Wochenschr. 1885 S. 93, Bolze Bd. I. Nr. 2186, rhein. Arch. Bd. 75 III. S. 164; O.-L.-G. Köln 14. Juli 1884, rhein. Arch. a. a. O.

gestattet, wenn für den Schuldner, der im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier eine Handelsniederlassung besteht, sondern es sind auch die Fälle berücksichtigt, in welchen derselbe hier eine Geschäftsniederlassung anderer Art besitzt, oder ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut bewirtschaftet. „Die Niederlassung und das Gut vertreten insoweit einen Wohnsitz.“ (M. S. 458.) Als Pächter im Sinne des Gesetzes muss mit Rücksicht auf den Zweck desselben auch der Afterpächter angesehen werden. Hier wie bei § 22 Abs. 2 der Civilprozessordnung (vgl. Komm. von Petersen Bem. III. 2 zu diesem §) kann es nur darauf ankommen, ob jemand das Gut für eigene Rechnung bewirtschaftet.[1]) Vorausgesetzt wird übrigens, dass von der Niederlassung aus Geschäfte abgeschlossen werden, welche sich auf den in Frage stehenden Betrieb beziehen.[2]) Der Gemeinschuldner muss nicht notwendig ein Ausländer sein. Vielmehr kann § 208 auch bezüglich eines Inländers zur Anwendung kommen, der im Auslande wohnt und deshalb im Inlande keinen allgemeinen Gerichtsstand hat. (§§ 13 und 18 C.-P.-O.) Andererseits kommen die allgemeinen Vorschriften (§§ 64 ff.) auch dann zur Anwendung, wenn ein Ausländer im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand hat. Auch auf das im Inlande befindliche Vermögen eines solchen Schuldners, welcher zwar in einem Konsulargerichtsbezirke, aber nicht im Deutschen Reiche einen allgemeinen Gerichtsstand hat, muss § 208 nach seinem Wortlaute und Zwecke Anwendung finden.[3]) Bezüglich der Frage, wann ein allgemeiner Gerichtsstand vorliegt, ist auf die §§ 13—19 der Civilprozessordnung zu verweisen. (Vgl. auch Bem. 1. zu § 64.)

2) Auf den nach § 208 eröffneten Konkurs finden im allgemeinen die gewöhnlichen Vorschriften der Konkursordnung Anwendung. Diese hat zwar in § 22 der Civilprozessordnung ihre Grundlage. Das Konkursverfahren ist aber nicht auf die Forderungen beschränkt, welche den Geschäftsbetrieb der Niederlassung oder die Bewirtschaftung des Gutes betreffen, sondern auf alle Forderungen inländischer und ausländischer Gläubiger ausgedehnt worden. Deshalb können im Konkursverfahren über die Zweigniederlassung Forderungen angemeldet werden, welche aus einem mit der ausländischen Hauptniederlassung geschlossenen Geschäfte herrühren, und es wird überhaupt nicht vorausgesetzt, dass zwischen dem anmeldenden Gläubiger und der inländischen Niederlassung eine Geschäftsverbindung bestand.[4]) (Vgl. auch Bem. II. 2 zu § 126 ff. S. 431, betr. die Anmeldung durch einen ausländischen Fallimentssyndik.) Dem entsprechend erstreckt sich das Konkursverfahren nicht bloss auf das Niederlassungs- oder Gutsvermögen sondern auf alles Vermögen des Schuldners, welches sich im Inlande befindet. (M. S. 458, 459.) Für die Ausübung des Anfechtungsrechtes ergiebt sich daraus die Folgerung, dass es für die Anwendung des § 23 gleichgültig ist, ob die auf die Zahlungseinstellung bezüglichen Handlungen gerade bei der inländischen Zweigniederlassung erfolgten. Es kommt auch hier nur darauf an, ob und wann eine allgemeine Zahlungseinstellung erfolgt ist. Dafür kann aber das Verhalten des im Auslande befindlichen Gemeinschuldners, bezw. der Hauptniederlassung, genügende Anhaltspunkte gewähren.[5]) Dass durch einen gemäss § 208 eröffneten Konkurs, der sich nur durch seine Voraussetzungen von dem gewöhnlichen Konkurse unterscheidet, die Wirksamkeit eines ausländischen Konkurses, soweit es sich um das Inland handelt, ausgeschlossen und dem ausländischen Konkursverwalter die Befugnis entzogen wird, die im Inlande befindlichen Vermögensteile ins Ausland zu bringen, ist selbstverständlich. Auch kann nicht, wie im Falle des § 207, durch Anordnung des Reichskanzlers die Eröffnung des inländischen Konkurses verhindert oder dessen Wirksamkeit beschränkt werden. Nur durch Staatsverträge, welche vom Deutschen Reiche abgeschlossen werden, und welchen die Kraft von

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. II. S. 720 Anm. 11.

[2]) Vgl. Meves S. 197; Willenbücher S. 237 Nr. 3; v. Wilmowski S. 475 Nr. 2.

[3]) Vgl. v. Wilmowski S. 474, 475.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 14. Okt. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 475.

[5]) R.-G. (II.) 10. April 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 21 ff.

Reichsgesetzen zukommt, kann dem ausländischen Konkurse eine grössere Bedeutung verschafft werden. Soweit § 208 in Kraft bleibt und von demselben Gebrauch gemacht wird, hat die im Auslande erfolgte Konkurseröffnung für den inländischen Konkurs nur die Wirkung, dass ein weiterer Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nicht erfordert wird.

3) Auch ausser dem in § 208 vorausgesetzten Falle kann es vorkommen, dass über das Vermögen einer Person, welche im Inlande einen allgemeinen Gerichtsstand hat, hier und im Auslande der Konkurs eröffnet wird. Dann laufen die beiden Konkursverfahren nebeneinander her, ohne sich zu berühren. In jedem Staate wird das in dessen Gebiet befindliche Vermögen unter die Gläubiger des Schuldners verteilt. Jeder Gläubiger ist ohne Rücksicht auf den im Auslande eröffneten Konkurs und die dort bewirkte Anmeldung seines Anspruches befugt, im Inlande seine ganze Forderung geltend zu machen, und muss sich auf dieselbe nur das anrechnen lassen, was er im ausländischen Konkurse erhalten hat. Insofern wird sich das Verfahren ähnlich gestalten wie in dem Falle, dass mehrere Solidarschuldner in Konkurs geraten. (§ 61.) Der in § 64 Abs. 2 aufgestellte Grundsatz hat für das Verhältnis zwischen inländischen und ausländischen Gerichten keine Geltung, da diese Vorschrift nur den Zweck hat, die Ausschliesslichkeit der Zuständigkeit eines einzigen deutschen Gerichtes zu sichern und Streitigkeiten über dieselben unter inländischen Gerichten zu verhüten. Die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes soll diejenige der deutschen Gerichte nicht ausschliessen.[1])

Drittes Buch.

Strafbestimmungen.[2])

(§§ 209 – 214.)

Vorbemerkungen.

I. Übersicht.

1) Das Strafgesetzbuch hatte zwar in den §§ 281—283 Bestimmungen für den „Bankerutt" getroffen, aber ohne damit die Materie in erschöpfender Weise zu regeln, vielmehr wurden in Anlehnung an die Thatsache einer Zahlungseinstellung und unter Beschränkung auf die kaufmännische Zahlungseinstellung nur einzelne, besonders gefährliche, Handlungen mit Strafe bedroht Eine vollständige, einheitliche Regelung erschien als unthunlich, solange ein gemeinsames Konkursrecht nicht bestand. Deshalb bestimmte § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichsstrafgesetzbuch in Abs. 3: „Bis zum Erlass eines Reichsgesetzes über den Konkurs bleiben diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nichts bestimmt." Der hier gemachte Vorbehalt wurde durch den Erlass der Konkursordnung erledigt. Daraus ergab sich aber die Notwendigkeit, das Landesstrafrecht zu beseitigen und das Reichsstrafrecht zu vervollständigen. Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Konkursverfahrens enthielt das Strafgesetzbuch mehrfache Lücken. Zunächst waren verschiedene strafwürdige Hand-

[1]) Vgl. Fitting S. 404 § 57 Anm. 2; v. Sarwey S. 869 Nr. 3; Stieglitz S. 702 Nr. I.

[2]) Die Kommentare zum Reichsstrafgesetzbuche von Olshausen, Oppenhoff, Rüdorff-Stenglein, v. Schwarze sind nur mit den Namen der Verfasser citiert. Die in den Erläuterungen zum III. Buche erwähnten Urteile des Reichsgerichtes sind, sofern nichts anderes bemerkt ist, von den Strafsenaten ergangen. Unter den „Entsch." sind dann die Entscheidungen in Strafsachen zu verstehen.

lungen überhaupt nicht mit Strafen bedroht. Sodann war die Strafbarkeit des Bankerutts auf Kaufleute beschränkt, während die Bestimmungen der Konkursordnung sich auch auf Nichtkaufleute erstrecken. Endlich fehlten Strafbestimmungen gegen solche Personen, welche zwar nicht selbst in Konkurs geraten sind, aber in ihrer Eigenschaft als Vertreter von Handelsgesellschaften sich Pflichtverletzungen zuschulden kommen liessen. Die Lücken der ersten Art führten zu einer Vermehrung der Strafbestimmungen, die andern Lücken zu einer Erweiterung des Kreises der Personen, auf welche diese Bestimmungen Anwendung finden. Es wurden nicht bloss Kaufleute, sondern auch Nichtkaufleute, und ausser den Schuldnern selbst auch Vertreter von Handelsgesellschaften mit Strafe bedroht.

Die vorgesehenen Strafbestimmungen greifen übrigens ebenso wie früher die §§ 281 bis 283 des Strafgesetzbuches über das Gebiet des Konkursrechtes hinaus, da die Strafen auch dann eintreten, wenn zwar eine Zahlungseinstellung erfolgte, aber das Konkursverfahren nicht eröffnet wurde. Diejenige Zahlungsunfähigkeit dagegen, welche sich nicht in der Form der Zahlungseinstellung äussert, kommt für das Strafrecht nur dann in Betracht, wenn ihr die Konkurseröffnung nachgefolgt ist. (M. S. 460.)

2) Die §§ 209—214 enthalten folgende Bestimmungen: In den §§ 209 und 210 wird der betrügliche und der einfache Bankerutt behandelt. Der § 211 betrifft dasjenige strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältnisse zu andern, welches durch die Vorschriften des Strafgesetzbuches über Betrug und Unterschlagung nicht in ausreichender Weise betroffen wird. Durch § 212 wird der Gefährdung des Publikums durch einen Dritten entgegengetreten, während § 213 das unlautere Verhalten der Gläubiger im Konkursverfahren trifft. Der § 214 endlich schliesst sich den besondern Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff.) an. Das Verhältnis dieser Strafbestimmungen zueinander, insbesondere im Falle des Zusammentreffens mehrerer Thatbestände, kann nur im Anschlusse an die Erläuterung der einzelnen Vorschriften erörtert werden. (Vgl. Bem. I. 5 zu §§ 209 und 210, Bem. 4 zu § 211, Bem. 1 zu § 212.) Die Vorschriften der §§ 281—283 des Reichsstrafgesetzbuches sind durch § 3 des Einführungsgesetzes Abs. 2 Z. 3 ausser Geltung gesetzt worden. Reichsgesetzliche, das Konkursverfahren betreffende Strafbestimmungen, welche nach Abs. 1 dieses § in Kraft bleiben, sind enthalten in § 249 c Z. 2 des Handelsgesetzbuches, in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juli 1884, und in § 142 Abs. 1 Z. 2 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

II. Verhältnis der Konkursordnung zum Landesstrafrechte.

Neben den erwähnten Vorschriften der Konkursordnung kommen strafrechtliche Bestimmungen der Landesgesetze nicht mehr in Betracht. In § 4 Abs. 2 des Einführungsgesetzes ist zwar nur gesagt worden, dass die in den Landesgesetzen „hinsichtlich des Konkurses" enthaltenen Strafvorschriften aufgehoben seien. Es wurden also dadurch anscheinend die landesgesetzlichen Strafbestimmungen nur insoweit beseitigt, als eine Konkurseröffnung stattgefunden hat. Die erwähnte Vorschrift, durch welche § 2 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche ersetzt werden sollte, muss aber so verstanden werden, dass dadurch alle landesgesetzlichen Strafbestimmungen beseitigt werden, welche die in den §§ 209—214 geregelte Materie betreffen. Wie durch § 2 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche alle Vorschriften aufgehoben wurden, welche die in den §§ 281—283 geordneten Fragen betrafen, so sollte nun § 3 Abs. 2 des Einführungsgesetzes die Strafbestimmungen beseitigen, welche sich auf die in der Konkursordnung geregelte Materie beziehen. Es kann deshalb umsoweniger ein Zweifel darüber bestehen, dass auch die landesgesetzlichen Vorschriften, welche nicht schon durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche ihre Kraft verloren hatten, nun bedeutungslos geworden sind, als die Konkursordnung dasjenige „Reichsgesetz über den Konkurs" bildet, von dem in § 2 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuche die Rede war und das die Materie in er-

schöpfender Weise regeln soll.[1]) Nur diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Bestimmungen über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechtes unter Strafe stellen, sind durch § 5 des Einführungsgesetzes aufrecht erhalten worden.

III. Der allgemeine Thatbestand.

1) Die Vorschriften im allgemeinen Teile des Strafgesetzbuches finden überall Anwendung, wo durch besondere Reichsgesetze bestimmte Handlungen mit Strafe bedroht sind und nicht etwas anderes vorgeschrieben ist.[2]) Demnach sind die §§ 1—79 des Strafgesetzbuches auch bezüglich der unter die §§ 209—214 fallenden strafbaren Handlungen massgebend. Insbesondere regeln dieselben das zeitliche, örtliche und persönliche Herrschaftsgebiet (§§ 2—10 Str.-G.-B.), die Bedeutung der Strafen (§§ 1 und 13 ff.), die Arten der Teilnahme (§§ 47—50), die Schuldausschliessungs- und Strafausschliessungsgründe (§§ 51—56, 58, 59, 46, 66 ff.), den allgemeinen Strafmilderungsgrund der Jugend und die Anrechnung der Untersuchungshaft (§§ 57, 58), die Strafbarkeit des Versuches (§§ 43 ff.) sowie den Einfluss des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen. (§§ 73—79.) Da die Handlungen, welche durch die Konkursordnung mit Strafe bedroht werden, sämtlich von Amts wegen zu verfolgen sind, kommen die §§ 61—65 hier nicht in Betracht.

2) Der Personenkreis, auf welchen die §§ 209—214 ihre Herrschaft erstrecken, umfasst alle Personen, welche der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen sind, Nichtkaufleute wie Kaufleute (Vorbem. I. 1), Militärpersonen wie Civilpersonen (§ 10 Str.-G.-B.), Ausländer wie Inländer. In letzterer Beziehung werden jedoch durch die Grenzen der örtlichen Herrschaft des Strafgesetzes (Vorbem. III. 3) sowie durch die Beschränkung der Konsular- und Schutzgebietsgerichtsbarkeit, welche sich nur auf deutsche Staatsangehörige bezw. deutsche Schutzgenossen erstreckt, Unterschiede begründet.

3) Das örtliche Herrschaftsgebiet der in Frage stehenden Strafbestimmungen wird durch die §§ 3 ff. des Strafgesetzbuches begrenzt. Nach diesen Vorschriften kann im Deutschen Reiche derjenige Ausländer nicht bestraft werden, der im Auslande seine Zahlungen eingestellt hat bezw. in Konkurs geraten ist und dort eine Bankerutthandlung vorgenommen hat. (Bem. I. 3 zu §§ 209, 210 S. 583, 584.) Dasselbe gilt, wenn ein Ausländer im Auslande einen Gläubiger begünstigt, Vermögensstücke verheimlicht bezw. beiseitegeschafft, oder seine Stimme verkauft hat. Der letztere Fall liegt jedoch nur dann vor, wenn der Gläubiger sowohl das Versprechen, in einem gewissen Sinne zu stimmen, im Auslande gegeben, als auch dort die Vorteile bezw. das auf dieselben bezügliche Versprechen in Empfang genommen hat. Ist die eine oder die andere dieser Handlungen im Inlande vorgenommen worden, so ist die strafbare Handlung auch im Inlande begangen. (Vgl. Bem. I. 3 zu §§ 209, 210 a. a. O. mit Litteraturangaben.) Dasselbe gilt, wenn der Ausländer das Versprechen, in einem gewissen Sinne zu stimmen, vom Auslande her an eine im Inlande befindliche Person gelangen liess. Im letztern Falle wird die im Inlande erfolgte Handlung (z. B. die im Auftrage des Gläubigers erfolgte Aushändigung des das Versprechen enthaltenden Briefes) als eine von dem Ausländer im Inlande vorgenommene Handlung angesehen. (Bem. I. 3 zu §§ 209, 210.) Der Inländer kann wegen der im Auslande begangenen strafbaren Handlungen nur unter den in § 4 Abs. 2 Z. 3 des Strafgesetzbuches aufgestellten

[1]) Vgl. Hälschner, Strafrecht Bd. II. S. 405; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. IV. S. 450, 451; Oppenhoff S. 710; Rüdorff-Stenglein S. 86 und S. 639—642; v. Völderndorff Bd. III. S. 11; v. Wilmowski S. 476.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 12. Nov. 1880 und (I.) 27. Jan. 1881, Entsch. Bd. II. S. 440 und Bd. IV. S. 1 ff.; ferner (II.) 15. Febr., (I.) 21. März 1881, Rechtsprech. Bd. III. S. 49 und 153; (III.) 21. Dez. 1881, (II.) 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. V. S. 276 u. 435; endlich (IV.) 24. März 1885, Rechtspr. Bd. VII. S. 193 ff.; Oppenhoff S. 18 Nr. 1; Olshausen Nr. 17 zu § 2 E.-G. S. 16; v. Sarwey S. 874; Zadek im Gerichtssaal Bd. 40 S. 562 ff.

Voraussetzungen bestraft werden. Die Konsulargerichtsbezirke und Schutzgebiete, in welchen deutsche Beamte die Gerichtsbarkeit ausüben, gelten zwar als Ausland im Sinne des § 8 des Strafgesetzbuches. Der Inländer, welcher sich dort einer strafbaren Handlung schuldig macht, kann aber auch in Deutschland verfolgt und bestraft werden, weil ihm gegenüber am Begehungsorte die deutschen Strafgesetze gelten, seine Handlung also auch dort mit Strafe bedroht war. (Vgl. Reichsges. vom 10. Juli 1879, betr. die Konsulargerichtsbarkeit [§ 4], sowie das Reichsges. vom 17. April 1886, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, mit Reichsges. vom 15. März 1888, betr. die Abänderung des zweiten Gesetzes.)

4) Zeitlich erstreckt sich die Herrschaft der in Frage stehenden Strafbestimmungen auf alle Handlungen, welche seit dem Inkrafttreten der Konkursordnung begangen worden sind. (§ 2 Abs. 1 Str.-G.-B.) Soweit der Thatbestand und die Strafandrohung des alten Gesetzes mit denen des neuen übereinstimmen, kann übrigens die Revision nicht darauf gestützt werden, dass statt des neuen das alte Gesetz, oder umgekehrt, angewandt worden sei. Die Grundlage des Urteiles ist in diesen Fällen dieselbe, ob das eine oder das andere Gesetz angewandt worden ist. Darauf kann es aber allein ankommen.[1]) Im allgemeinen kommt § 2 Abs. 2 des Strafgesetzbuches auch hier zur Anwendung. Wenn eine strafbare Handlung unter der Herrschaft des ältern und mildern Strafgesetzes begonnen und unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzt wurde, trifft jedoch die erwähnte Vorschrift nicht zu. Dort wird vorausgesetzt, dass sich das Gesetz nach dem thatsächlichen Abschlusse der Handlung geändert hat. Hier ist dagegen die Änderung im Verlaufe der Handlung eingetreten und letztere unter der Herrschaft des neuen Gesetzes fortgesetzt worden.[2])

§ 209.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder beiseitegeschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, dass dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

§ 210.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden

1) Vgl. R.-G. (III.) 21. Apr. 1880, Rechtsprech. Bd. I. S. 628; Olshausen § 2 Nr. 8 u. 10 S. 14, Rüdorff-Stenglein S. 644 Nr. 1.

2) Vgl. R.-G. (Feriensen.) 7. und (III.) 29. Sept. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 210 ff.; Entsch. Bd. II. S. 337 ff.; Olshausen § 2 Nr. 8 u. 10 S. 44; Rüdorff-Stenglein S. 643.

wegen einfachen Bankerutts mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermässige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind,
2. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, dass sie keine Übersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
3. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuches unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

(E. §§ 209, 210; M. S. 460, 461; K. S. 125, 126; pr. K.-O. §§ 308, 309, 340, 341; St.-G.-B. §§ 281 und 283.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

1. Ausdehnung der Strafandrohungen.

Die Strafandrohungen der §§ 209 und 210 richten sich gegen den betrüglichen und gegen den einfachen Bankerutt. Die Thatbestandsmerkmale sind dieselben geblieben wie in den §§ 281—283 des Strafgesetzbuches; ebenso blieb das Strafmass unverändert. Die einzige Änderung besteht in der Ausdehnung der Strafbarkeit des Bankerutts auf alle Schuldner. Aber auch diese Ausdehnung betrifft nur die in den §§ 209 Z. 3 und 210 Z. 1 bezw. §§ 281 Z. 1 und 2 und 283 Z. 1 bezeichneten Handlungen, welche ihrer Natur nach jedermann begehen kann. Bezüglich der in § 209 Z. 3 und 4 und in § 210 Z. 2 und 3 mit Strafe bedrohten Pflichtverletzungen wurde die Beschränkung auf Kaufleute aufrecht erhalten. Insbesondere wurde davon abgesehen, die „Geschäftsbücher“ den Handelsbüchern gleichzustellen, weil eine allgemeine Verpflichtung, Geschäftsbücher zu führen, nicht besteht und nicht eingeführt werden kann. Soweit es auf die Eigenschaft eines Kaufmannes ankommt, braucht dieselbe übrigens zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nicht mehr vorhanden gewesen zu sein. Wer als Kaufmann seine Handelsbücher unordentlich geführt oder vernichtet und dann nach dem Verkaufe seines Geschäftes die Zahlungen eingestellt hat, erscheint als strafbar, sofern nur die für oder gegen ihn bestehenden Forderungen wenigstens teilweise aus dem kaufmännischen Geschäfte herrühren. Durch das Nichtvorhandensein bezw. die unordentliche Führung der Bücher sind nun die Gläubiger gefährdet. Diese Gefährdung bildet aber den Grund der Strafandrohung. (Bem. I. 2 S. 582.) Selbst das ist nicht erforderlich, dass die Kaufmannseigenschaft zur Zeit der sogen. Bankerutthandlung vorhanden war. Die Verpflichtung zur Buchführung hört zwar mit der Kaufmannseigenschaft auf, nicht aber die Verpflichtung zur Aufbewahrung der Bücher. Wenn dieser Verpflichtung zuwidergehandelt worden ist, indem die Bücher vernichtet oder verheimlicht wurden, so erscheint der frühere Kaufmann, der seine Zahlungen eingestellt hat, oder in Konkurs geraten ist, als strafbar, sofern nur die zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung bestehenden Forderungen aus dem Betriebe des kaufmännischen Geschäftes herrühren.[1]) Das preussische Strafgesetzbuch von 1851 bedrohte in § 261 Z. 1 Kaufleute

[1]) Vgl. R.-G. (III.) 5. Mai 1880, (II.) 1. April 1881, (I.) 22. Nov. 1886, Entsch. Bd. II. S. 50, Bd. IV. S. 41 ff., Bd. XV. S. 64 ff.; Rüdorff-Stenglein S. 649; Willenbücher S. 242.

wegen einfachen Bankerutts mit Strafe: wenn sie, obgleich das Vermögen nach der letzten Bilanz nicht die Hälfte der Schulden deckte, neue Schulden gemacht, oder Waren oder Kreditpapiere unter dem Werte verkauft haben. Ähnliche Strafbestimmungen enthielten andere Landesgesetze. Auch waren solche bei Beratung des Strafgesetzbuches aus der Mitte des Reichstages vorgeschlagen, von diesem aber abgelehnt worden. Auch in die Konkursordnung wurden solche, als willkürlich und ungerecht, nicht aufgenommen. (M. S. 460, 461.) Der Erbe des Schuldners, welcher in Konkurs geraten ist, kann sich hinsichtlich des Nachlasses von dem Augenblicke an eines strafbaren Bankerutts schuldig machen, in welchem er Erbe geworden, der Nachlass sonach als sein Vermögen anzusehen ist. Von da ab ist er ein Schuldner, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet worden ist. Es wird aber dem Erben die Vornahme von Bankerutthandlungen in der Regel deshalb nicht möglich sein, weil der Konkursverwalter sich unmittelbar nach der Konkurseröffnung in den Besitz der Masse zu setzen hat. In den Rechtsgebieten, in welchen die Erbschaft durch deren Antretung erworben wird, kann sich der Erbe erst nach Vornahme der letztern eines Bankerutts schuldig machen, weil er vorher nicht Schuldner, und das Vermögen, über das der Konkurs eröffnet wurde, nicht das seinige ist.

2. *Der Charakter des Bankerutts als Gefährdungsdelikt.*

Der Bankerutt wird ohne Rücksicht darauf gestraft, ob die Gläubiger durch eine sogen. Bankerutthandlung geschädigt worden sind. Es kommt nicht darauf an, welchen Einfluss diese Handlung oder auch nur die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung auf das Vermögen der Gläubiger ausgeübt hat. Der betrügliche wie der einfache Bankerutt ist hienach ein Gefährdungsdelikt.[1]) Der Gegenstand der Gefährdung ist die Befriedigung der Gläubiger, auf welche dieselben einen rechtlichen Anspruch haben. Die Gefahr wird herbeigeführt durch die sogen. Bankerutthandlungen, dann aber näher gerückt durch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung. Übrigens kann auch eines der beiden letztern Ereignisse vorausgegangen sein und eine Bankerutthandlung, die Gefahr verstärkend, nachfolgen. Die beiden gefährdenden Umstände müssen zwar nicht in dem Sinne zusammenwirken, dass die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung in ursächlichem Zusammenhange mit der vorliegenden Bankerutthandlung steht. (Bem. I. 4 S. 584.) Aber sie haben bezüglich der Strafbarkeit dieselbe Bedeutung. Eine Gefährdungsthatsache ist ohne die andere unerheblich. Die Gefährdung von Treue und Glauben kann als Grund der Strafbarkeit des Bankerutts nicht angesehen werden. Allerdings enthalten einzelne Bankerutthandlungen nicht bloss eine Gefährdung, sondern sogar eine Verletzung von Treue und Glauben. Aber diese Verletzung für sich allein reicht nicht aus, um die Strafbarkeit zu begründen. Noch weniger kann die Zahlungsfähigkeit als Gegenstand der Gefährdung gelten, denn diese hat in dem Augenblicke, in welchem die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgt, schon aufgehört, zu bestehen. Die Gefährdung richtet sich vielmehr gegen die Forderungsrechte der Gläubiger, deren Befriedigung infolge der einzelnen Bankerutthandlungen und der erfolgten Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung in Frage gestellt oder bedroht wird.[2]) Ob thatsächlich eine Befriedigung der Gläubiger erfolgt, ist demnach gleichgültig.

[1]) Vgl. Hälschner, Strafrecht Bd. II. S. 408, 409; Merkel in v. Holtzendorffs Handbuch Bd. III. S. 820; Meves im Arch. für Strafr. Bd. 36 S. 379, 380; Meyer, Lehrb. des Strafr. S. 733 § 97 Nr. 1; Oppenhoff S. 716 Nr. 25, 26; Rohland, Gefahr im Strafr. S. 33 ff.; Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5a; v. Schwarze S. 819 Nr. 3c, S. 826 Nr. 23; Wengler S. 701. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 17 und teilweise auch Rohland a. a. O., insofern er den betrüglichen Bankerutt als versuchte Vermögensbeschädigung auffasst, welche zum vollendeten Delikt erhoben sei. Gerade diese Behandlungsweise begründet aber die Einreihung des Bankerutts unter die Gefährdungsdelikte.

[2]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 2; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 409; v. Liszt, Lehrbuch S. 440, 441 § 135 Nr. II. 1; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 382.

3. *Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung als Thatbestandsmerkmale.*

Es ist bestritten, ob Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung Thatbestandsmerkmale oder nur Bedingungen der Strafbarkeit sind, welche ausserhalb des Thatbestandes liegen. Von einer Bedingung der Strafbarkeit in diesem Sinne kann man aber nur dann sprechen, wenn die fragliche Thatsache entweder lediglich die Strafverfolgung bedingt (wie in den Fällen der §§ 102, 103, 139, 170, 172 Str.-G.-B.) oder wenn durch ihr Hinzutreten die an sich strafbare Handlung eine höhere Strafbarkeit erlangt, ohne dass das Hinzutreten dem Thäter als beabsichtigt zugerechnet werden könnte. (Vgl. z. B. §§ 224, 226, 227, 229 Str.-G.-B.) In den §§ 209 und 210 ist nun weder von einem solchen Strafschärfungsgrunde noch von einer Bedingung der Strafverfolgung die Rede. Letzteres ergiebt sich daraus, dass der Thäter wegen „Bankerutts" bestraft wird, denn dieser Ausdruck ist nur verständlich, wenn der Bankerutt selbst zum Thatbestande gehört. Die Hervorhebung von Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung soll den Thatbestand des strafbaren Bankerutts auf solche Fälle einschränken, in denen der Bankerutt in der Aussenwelt erkennbarerweise aufgetreten ist. Erkennbar wird er aber nur durch die Konkurseröffnung und durch die Zahlungseinstellung. Die beiden Thatsachen treten hienach nicht zum Thatbestande hinzu, sondern schränken denselben ein; sie sind nicht zeitliche Bedingung der Strafverfolgung, sondern die sachliche Grenze derselben. Zu dem nämlichen Ergebnisse gelangt man auch von der Betrachtung der rechtlichen Natur des strafbaren Bankerutts als Gefährdungsdeliktes aus (Bem. I 2). Gefährdung der Gläubigerrechte liegt schon in den einzelnen Bankerutthandlungen; das Gesetz verlangt aber noch einen höhern Grad von Gefahr. Der Thatbestand, in welchem das Gesetz die Gefährdung erblickt, ist erst dann erfüllt, wenn auch eines der beiden Ereignisse eingetreten ist, welche den Bankerutt äusserlich erkennbar machen. Besteht nun das Wesen des Bankerutts in der Gefährdung der Gläubigerrechte, so müssen alle Umstände, welche die Gefährdung begründen, Thatbestandsmerkmale sein. Dabei ist es gleichgültig, ob die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung oder die sogen. Bankerutthandlung vorausging, weil das Gesetz einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden Elementen nicht fordert. (Bem. I. 4 S. 584.) Auch dieser Umstand spricht für die Gleichwertigkeit derselben, d. h. dafür, dass Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung ebenso als Thatbestandsmerkmale aufzufassen sind, wie das Vorhandensein einer sogen. Bankerutthandlung.[1]) Daraus ergeben sich nun wichtige Folgerungen hinsichtlich des Begehungsortes, der Vollendung und Verjährung.

B e g e h u n g s o r t ist überall da, wo ein Thatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist. Andernfalls würde für strafbare Handlungen, deren Thatbestandsmerkmale an verschiedenen Orten hervortreten, nirgends ein Gerichtsstand der begangenen Handlung begründet sein, während doch jede Handlung an irgend einem Orte begangen worden sein muss. Der Gerichtsstand kann auch nicht bloss da begründet sein, wo die Handlung beendigt wurde, oder der Erfolg eintrat. Das Gesetz legt das entscheidende Gewicht auf die Thatsache, dass die Handlung an einem bestimmten Orte b e g a n g e n wurde. Erfolg und Beendigung der Thätigkeit bilden aber nicht das Begehen der Handlung, sondern nur den Abschluss derselben, haben deshalb vor andern Teilen der Handlung nichts voraus.[2]) Folg-

[1]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 3 u. 6; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 383 ff.; R.-G. (II.) 15. Febr. 1881, (I.) 26. Juni 1882 u. 9. Nov. 1885, (II.) 20. Sept. 1887, Entsch. Bd. III. S. 350, 351, Bd. VII. S. 392, Bd. XIII. S. 41 ff., Bd. XVI. S. 188, 189. A. M. v. Liszt, Lehrbuch S. 442 § 135 Nr. II. 3; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 819; Oppenhoff S. 715 Nr. 24; v. Schwarze S. 820.

[2]) Vgl. John, St.-P.-O. Bd. I. S. 205 ff., bes. 212; Keller, St.-P.-O. S. 8 Nr. 3b; Kleinfeller, Reichsges. v. 5. Apr. 1888 S. 91 u. 95 (Gesetzgbg. d. D. Reiches Teil III. Bd. V. S. 201 u. 205); Löwe, St.-P.-O. § 7 Nr. 1c IV. Aufl. S. 195; Stenglein, Lehrb. d. Strafproz. S. 68; ders., St.-P.-O. S. 122 Nr. 3; Ullmann in v. Holtzendorffs Handb. d. Strafproz. Bd. I. S. 155; R.-G. (II.) 6. Febr. 1880,

lich ist der Gerichtsstand der begangenen Handlung sowohl da begründet, wo die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgte, als dort, wo die sogen. Bankerutthandlung vorgenommen worden ist. Der strafbare Bankerutt ist im Inlande begangen, wenn nur eines der Thatbestandsmerkmale im Inlande verwirklicht worden ist.[1]) Von dem obigen Standpunkte aus erscheint der strafbare Bankerutt erst dann als vollendet, wenn einerseits eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, andererseits eine Bankerutthandlung vorliegt. Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt hienach erst mit dem Zeitpunkte, in welchem das letzte Thatbestandsmerkmal verwirklicht worden ist, also erst mit Eintritt der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, falls diese der sogen. Bankerutthandlung nachfolgten.[2])

4. *Ursächlicher und zeitlicher Zusammenhang.*

Gegenstand der Strafandrohung sind weder die sogen. Bankerutthandlungen, d. h. die Handlungen oder Unterlassungen, wie sie die §§ 209 und 210 in den einzelnen Ziffern aufzählen, für sich allein, noch ist es die Herbeiführung des Konkursverfahrens bezw. der Zahlungseinstellung durch eine solche Handlung. Das erstere ist nicht der Fall, weil nicht jeder Schuldner, dem ein derartiges Verhalten zur Last fällt, bestraft wird, sondern nur derjenige Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Das andere ist ausgeschlossen, weil nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes ursächlicher Zusammenhang zwischen dem durch die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung sich kundgebenden Vermögenszustande und jenen einzelnen Handlungen bezw. Unterlassungen nicht vorausgesetzt wird. Das Gesetz sagt keineswegs, dass die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung durch eine der aufgezählten Handlungen herbeigeführt worden sein muss.[3]) Dagegen müssen die beiden Thatbestandsmerkmale, die Bankerutthandlung und die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung, in einem zeitlichen Zusammenhang stehen, derart, dass sie nicht durch eine andere Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung getrennt sind. Die Bankerutthandlungen müssen sich auf diejenige Vermögenslage beziehen, welche zur Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung geführt hat, bezw. nachträglich führt. Es ist aber deshalb nicht erforderlich, dass die beiden Thatbestandsmerkmale in demselben Zeitpunkte zugleich verwirklicht werden. Vielmehr genügt es, dass sie nebeneinander vorliegen, verbunden durch die Beziehung auf die nämliche Vermögenslage.[4])

Rechtspr. Bd. I. S. 322; (IV.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. XV. S. 232 ff. A. M. Glaser, Handb. d. Strafpr. Bd. II. S. 184, 185; teilweise auch Stenglein a. a. O.

[1]) Vgl. Berner, Lehrb. d. Strafr. S. 594 Anm. 2; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 393; R.-G. (II.) 20. Sept. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 188 ff.

[2]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 6; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 394; Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5b u. S. 653 Nr. 6; v. Schwarze S. 821 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. III. S. 9, 10; R.-G. (II.) 15. Febr. 1881, (I.) 26. Juni 1882, Entsch. Bd. III. S. 350, 351, Bd. VII. S. 392; (II.) 17. Jan. 1882, (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. IV. S. 50, Bd. V. S. 362 u. jur. Wochenschr. 1883 S. 220, 221. A. M. v. Liszt, Lehrb. S. 443 § 135 Nr. II. 5.

[3]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 5; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 409 Anm. 3; v. Liszt, Lehrb. S. 443 § 135 Nr. II. 3c; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 819 Text u. Anm. 9, S. 821; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 380 Text u. Anm. 2; Meyer, Lehrb. S. 737 § 97 Nr. 3; Oppenhoff S. 715 Nr. 24; Rohland, Gefahr im Strafrecht S. 35, 37, 38; v. Sarwey S. 877 Nr. 3; v. Schwarze S. 819 Nr. 3b; Seeger im Archiv f. Strafr. Bd. 20 S. 142 ff.; Willenbücher S. 240 Nr. 2; v. Wilmowski S. 477 Nr. 2 u. S. 479 Nr. 2; R.-G. (III.) 17. Sept. 1881, Entsch. Bd. IV. S. 419; (III.) 11. Jan. 1882, (II.) 17. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 35 ff. u. 49; (I.) 26. Juni 1882, (III.) 15. Okt. 1883, (I.) 18. Febr. u. 9. Nov. 1885, 22. Nov. 1886, Entsch. Bd. VII. S. 393, Bd. IX. S. 134, Bd. XIII. S. 359, Bd. XV. S. 66, Rechtspr. Bd. VII. S. 644; (III.) 26. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35. S. 313; (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 215 ff., bes. 217; (I.) 8. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 61.

[4]) Vgl. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 820; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 381; R.-G. (I.) 21. Nov. 1881 u. 26. Juni 1882, Entsch. Bd. V. S. 415, Bd. VII. S. 391 ff., bes. 393; (III.) 26. Sept. 1887 im Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 313; (I.) 8. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 61.

5. *Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen.*

Wenn dem Beschuldigten mehrere der einzeln aufgeführten Thätigkeiten oder Unterlassungen zur Last fallen und für dieselben zeitlich nur eine einzige Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung in Betracht kommt, so ist der strafbare Bankerutt nur einmal begangen. Auch das folgt aus dem Umfange des Thatbestandes und der Eigenschaft der Zahlungseinstellung sowie der Konkurseröffnung als Thatbestandsmerkmale (S. 583.) Weil der Thatbestand nicht durch eine einzelne sogen. Bankerutthandlung erfüllt wird, sondern das Hinzutreten der Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung voraussetzt, wird derselbe, wenn der Schuldner noch soviele Bankerutthandlungen begangen hat, solange nicht verwirklicht, als nicht eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung eingetreten ist. Erst das letztere Ereignis macht den Thatbestand vollständig. Die mehreren Bankerutthandlungen, welche sich auf die nämlichen Vermögensverhältnisse beziehen, auf die sich die eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erstreckt, werden durch letztere rechtlich zu einer Einheit zusammengefasst, mögen nun jene sämtlich vor oder sämtlich nach der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung, oder teils vorher, teils nachher vorgenommen sein. Wenn ein Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, als Kaufmann sowohl die rechtzeitige Bilanzziehung versäumt, als auch Handelsbücher vernichtet und Vermögensstücke beseitigt hat, so liegt hienach doch nur eine einzige strafbare Handlung vor.[1]) Ebenso verhält es sich natürlich dann, wenn dieselbe Bankerutthandlung wiederholt wurde, indem der Schuldner z. B. mehrmals die Bilanzziehung unterliess oder nacheinander mehrere Vermögensgegenstände beseitigt hat, ehe die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung eintrat.[2]) Handlungseinheit liegt auch dann vor, wenn ein Teil der mehreren sogen. Bankerutthandlungen in der Absicht vorgenommen wurde, die Gläubiger zu benachteiligen, während bei den übrigen Bankerutthandlungen diese Absicht fehlte, so dass sowohl der Thatbestand des § 209 als derjenige des § 210 erfüllt ist. Da die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nur einmal stattgefunden hat, so hat der Schuldner die zwei Strafgesetze durch eine einzige Handlung verletzt; folglich kommt bei der Strafausmessung § 73 zur Anwendung. Es liegt diejenige Gesetzeskonkurrenz vor, welche gewöhnlich als ideale Konkurrenz bezeichnet wird. Eine Gesetzeskonkurrenz im engeren Sinne setzt voraus, dass der eine Thatbestand in dem andern enthalten ist; diese Voraussetzung würde aber nur dann zutreffen, wenn die Nichtführung, Vernichtung, Verheimlichung oder unordentliche Führung von Handelsbüchern (§ 209 Z. 3 und 4, § 210 Z. 2), in einem Falle mit der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, in dem andern Falle ohne diese Absicht erfolgt wäre. Wenn die Verheimlichung von Vermögensstücken (§ 209 Z. 1) mit übermässigem Aufwand (§ 210 Z. 1), oder die in Benachteiligungsabsicht vorgenommene Vernichtung von Handelsbüchern mit der ohne diese Absicht begangenen Nichtführung von Handelsbüchern zusammentrifft, so ist dagegen der Thatbestand des § 210 nicht in dem des § 209 enthalten.[3]) Praktisch ist der Unter-

[1]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 593; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 413, 417; v. Liszt, Lehrb. S. 442 § 135 Nr. II. 3b; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 392; Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5, S. 652, 653; v. Schwarze S. 820 Nr. 4; Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 141; v. Völderndorff Bd. III. S. 4; Wengler S. 701, 706; Willenbücher S. 239 Nr. 4a; v. Wilmowski S. 478 Nr. 2, S. 479 Nr. 2; R.-G. (III.) 15. Nov. 1879, Entsch. Bd. I. S. 101 ff.; (II.) 20. April 1880, Feriensen. 7. Sept. 1880; (III.) 3. Nov. 1880, (I.) 9. Juni 1884, 3. Nov. 1884 u. 9. Nov. 1885, Rechtspr. Bd. I. S. 627, Bd. II. S. 211, 438 ff., Bd. VI. S. 397, 686, Bd. VII. S. 642 ff., bes. S. 644; Verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 242, 243. A. M. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 821; Oppenhoff S. 717 Nr. 33.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 4; R.-G. (III.) 5. Juni 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 33.

[3]) Vgl. Fitting S. 410 § 58 Anm. 10; v. Liszt, Lehrb. S. 442 § 135 Nr. II. 3b; v. Schwarze S. 820 Nr. 4c; v. Völderndorff Bd. III. S. 6 Text u. Anm. 23; R.-G. (II.) 22. Juni 1880, 17. März 1882, (III.) 22. Jan. 1883, (II.) 25. März 1887, Entsch. Bd. II. S. 199, Rechtspr. Bd. IV. S. 257 ff., bes. S. 260, 261, Bd. V. S. 52 ff., Bd. IX. S. 197. A. M. v. Buri, Einheit u. Mehrheit d. Verbr. (Gerichtssaal Bd. 31. Beil.) S. 40; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 821; Oppenhoff S. 717 Nr. 34;

schied nicht sehr erheblich, weil sowohl bei Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne als bei sogen. idealer Konkurrenz die Strafandrohung des § 209 zur Anwendung kommt, dort mit Rücksicht darauf, dass der Thatbestand des § 209 der umfassendere ist, hier mit Rücksicht auf § 73 des Strafgesetzbuches; doch kann der Richter bei sogen. idealer Konkurrenz das Zusammentreffen mehrerer Thatbestände in der Strafzumessung berücksichtigen, während dies als unzulässig erscheint, sofern nur Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne angenommen wird.[1]) Wenn verschiedene Bankerutthandlungen in Beziehung auf dieselbe Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zusammentreffen und nicht ausnahmsweise Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne vorliegt, ist hienach jede einzelne Bankerutthandlung als besonderer Strafzumessungsgrund zu berücksichtigen, gleichviel, ob dasselbe Strafgesetz mehrfach, oder § 209 und 210 durch eine Handlung verletzt worden ist. Aus diesem Grunde müssen in der Hauptverhandlung wegen strafbaren Bankerutts alle einzelnen Zuwiderhandlungen ausdrücklich festgestellt werden.[2])

Die Einheit des strafbaren Bankerutts wird auch nicht dadurch beseitigt, dass der Schuldner als Einzelkaufmann mehrere Geschäfte betrieben und mit Bezug auf die verschiedenen Geschäfte verschiedene Bankerutthandlungen verübt hat. Die Konkurseröffnung kann nur in einheitlicher Weise, in Ansehung des ganzen Vermögens des Schuldners, erfolgen und die Zahlungseinstellung liegt gleichfalls in Beziehung auf das ganze Vermögen entweder vor oder nicht vor. Letztere muss auf der Zahlungsunfähigkeit beruhen, diese aber kann für das Vermögen desselben Rechtssubjektes nicht zugleich vorhanden sein und fehlen. Wenn der Angeklagte ein Geschäft als Einzelkaufmann betrieben hatte und bei einem andern Geschäfte als Handelsgesellschafter oder Vorstand einer Aktiengesellschaft u. s. w. beteiligt war, für beide Geschäfte aber die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgte, so bilden dagegen die mit Bezug auf die beiden verschiedenen Geschäfte vorgenommenen Bankerutthandlungen in Verbindung mit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zwei rechtlich voneinander unabhängige Vergehen. Es handelt sich hier um zwei rechtlich vollkommen selbständige Vermögensmassen, bezüglich deren die Konkurseröffnung getrennt verfügt wird. Deshalb muss auch das Vorhandensein der Zahlungseinstellung für beide Geschäfte besonders beurteilt werden. Soviele Zahlungseinstellungen oder Konkurseröffnungen aber vorliegen, soviele strafbare Bankerutte können auch dem Beschuldigten zur Last fallen. Unter dieser Voraussetzung liegt hienach allerdings Realkonkurrenz vor.[3])

Über das Zusammentreffen der Thatbestände von §§ 209, 210 mit einem der Thatbestände von §§ 211—214 vgl. man die Bem. 4 zu § 211, Bem. 1 zu § 212.

6 *Zuständigkeit und Verfahren.*

Für die Fälle des § 209 sind die Schwurgerichte, für die Fälle des § 210 die Strafkammern der Landgerichte sachlich zuständig. (§§ 80 und 73 Z. 1 und 2 G.-V.-G.) Hin-

Rüdorff-Stenglein S. 650 Nr. 8; Wengler S. 701 a. E., welche reale Konkurrenz annehmen; ferner Berner, Lehrb. S. 593; Binding, Handb. d. Strafr. Bd. I. S. 362; Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 4; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 417, 418; Hiller im Gerichtssaal Bd. 32 S. 217 ff.; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 392; Meyer, Lehrb. S. 739, 740, welche Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne annehmen; endlich Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 141 u. 145 ff., der ideale Konkurrenz nur dann annimmt, wenn sämtliche Bankerutthandlungen vor der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung erfolgten, dagegen in allen übrigen Fällen reale Konkurrenz behauptet.

[1]) Vgl. hierüber Kleinfeller, Reichsges. v. 5. April 1888 S. 92, 93 (Gesetzgeb. d. D. Reiches Teil III. Bd. V. S. 202, 203).

[2]) Vgl. v. Schwarze S. 820 Nr. 4; R.-G. (III.) 5. Juni, 29. Sept. und 3. Nov. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 33, 281, 438 ff., bes. S. 440 ff.

[3]) Vgl. Willenbücher S. 238, 239, Vorbem. 4a; R.-G. (I.) 9. Juni 1884, Entsch. Bd. XI. S. 5 ff.

sichtlich der örtlichen Zuständigkeit besonders des Gerichtsstandes der begangenen Handlung vgl. man Bem. I. 3. S. 583, 584.

Für das Verfahren folgt aus den Bemerkungen über das Zusammentreffen mehrerer Bankerutthandlungen desselben Schuldners (Bem. I. 5) mit nur einer Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung, dass derjenige, gegen welchen das Hauptverfahren wegen eines in § 209 oder 210 bezeichneten Thatbestandes eröffnet worden ist, unter den dargelegten Voraussetzungen wegen jedes andern unter einen dieser §§ fallenden Thatbestandes abgeurteilt werden darf, sofern er auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes aufmerksam gemacht worden ist. (§ 264 Str.-P.-O.) Dieser Hinweis darf nur dann unterbleiben, wenn die in der Verhandlung hervortretenden Merkmale mit den im Eröffnungsbeschlusse bezeichneten gleichwertig sind; letzteres ist der Fall, wenn der Unterschied sich nur darauf bezieht, ob die Schuld bezw. das Rechtsverhältnis ganz oder teilweise erdichtet war, ebenso, wenn dem Schuldner statt der Unterlassung der Führung von Handelsbüchern die unordentliche Führung zur Last gelegt wird, denn in beiden Fällen muss er zu seiner Verteidigung vorbringen, dass er der gesetzlichen Pflicht genügt habe.[1]) Vernichtung und Verheimlichung der Bücher, Spiel und Differenzhändel sind dagegen Merkmale, welche eine Änderung der Verteidigung bedingen. Dasselbe ist der Fall, wenn im Eröffnungsbeschlusse die Verheimlichung von Gegenständen, in der Hauptverhandlung aber eine andere Art des Beiseiteschaffens behauptet wurde. Im umgekehrten Falle liegt dagegen eine Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nicht vor, weil die Verheimlichung begrifflich im Beiseiteschaffen enthalten ist. (Bem. II. 2 S. 591.) Eine andere That im Sinne des § 265 ist selbst dann nicht gegeben, wenn nach dem Eröffnungsbeschlusse § 209, nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung aber § 210 zutrifft, oder der umgekehrte Fall vorliegt.[2]) Aus der dargelegten Grundanschauung folgt auch, dass dem Angeklagten die Einrede der abgeurteilten Sache zusteht, wenn er wegen einfachen oder betrüglichen Bankerutts abgeurteilt worden ist und mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung aus einer andern Ziffer der §§ 209 und 210 angeklagt wird.[3]) Wie für die Anwendung der §§ 264, 265 der Strafprozessordnung ist es für die Einrede der Rechtskraft gleichgültig, ob der Thatbestand, auf den sich die neue Anklage stützt, dieselbe Art des strafbaren Bankerutts darstellt, wie der im frühern Urteile behauptete, oder ob die neue Anklage einfachen Bankerutt zum Gegenstande hat, während das frühere Urteil betrüglichen Bankerutt betraf. Dasselbe gilt im umgekehrten Falle.

Die Hauptfrage an die Geschworenen darf nicht dahin lauten: „Ist der Angeklagte schuldig, seine Zahlungen eingestellt zu haben und," denn bezüglich der Zahlungseinstellung und der Konkurseröffnung braucht keine Schuld vorzuliegen. (Bem. II. 1 und III. 1.) Vielmehr muss die Hauptfrage dahin gehen: „Ist der Angeklagte schuldig und hat er seine Zahlungen eingestellt (ist über sein Vermögen Konkursverfahren eröffnet worden)"? oder: „Ist der Angeklagte, welcher seine Zahlungen eingestellt hat (über dessen Vermögen Konkurs eröffnet ist) schuldig ?" Die letztere Fassung ist richtiger, weil sie die Zahlungseinstellung und die Konkurseröffnung als Thatbestandsmerkmale behandelt. Der bezügliche Relativsatz enthält auch nicht eine den Geschworenen vorgreifende Feststellung, weil sich die Frage auch auf ihn erstreckt. Bezüglich der Fragestellung an die Geschworenen ergiebt sich aus der Einheit des strafbaren Bankerutts (Bem. I. 5. S. 585) noch, dass die auf eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung bezüglichen mehreren Bankerutthandlungen in eine Hauptfrage zusammenzufassen sind,[4]) und dass es in

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 1. März 1881, Entsch. Bd. III. S. 417 ff.

[2]) Vgl. Dalke, Fragestellung und Verdikt S. 76; R.-G. (I.) 3. Nov. 1884, Entsch. Bd. XI. S. 251 ff. A. M. Oppenhoff S. 718 Nr. 35.

[3]) Vgl. v. Schwarze S. 820 Nr. 4; Seeger im Arch. für Strafr. Bd. 20 S. 136; R.-G. (III.) 22. Jan. 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 52 ff. A. M. Oppenhoff S. 718 Nr. 35.

[4]) Vgl. R.-G. (Feriensen.) 7. Sept. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 207.

solchen Fällen unzulässig ist, an die Geschworenen die Frage zu richten, ob sachlicher Zusammenfluss vorliege.[1]) Für die Nebenfrage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände ergiebt sich aus Bem. I. 5, dass nur eine solche Nebenfrage gestellt werden darf, weil bezüglich der einen strafbaren Handlung das Vorhandensein mildernder Umstände nur bejaht oder verneint werden kann. Dies gilt sowohl dann, wenn nur Merkmale des § 209, als auch dann, wenn die §§ 209 und 210 zusammentreffen.[2]) Für den Thatbestand des § 210 kommen mildernde Umstände ohnehin nicht in Betracht. Verschiedenartige Beantwortung der Frage nach mildernden Umständen, welche thatsächlich auch dann möglich ist, wenn nur eine Nebenfrage gestellt wurde (§ 305 Abs. 2 Str.-P.-O.), schliesst einen Widerspruch in sich, welcher das Berichtigungsverfahren veranlasst. (§ 309 Str.-P.-O.)[3]) Sind mehrere Angeklagte vorhanden, so muss die Nebenfrage für jeden gesondert gestellt werden, weil auch für jeden eine besondere Hauptfrage zu stellen ist. (§ 292 Abs. 3 Str.-P.-O.) Hinsichtlich der Begründung des Urteiles darf sich der Richter hier so wenig wie in andern Fällen damit begnügen, das Vorhandensein der gesetzlichen Merkmale, etwa unter Berufung auf ein Geständnis des Angeklagten oder das Gutachten eines Sachverständigen, festzustellen; vielmehr muss im Urteile auch angegeben sein, worin der Richter die gesetzlichen Merkmale verwirklicht gefunden hat, z. B. welche Bücher fehlen, welche Mängel in der Buchführung obwalten.[4])

II. Betrüglicher Bankerutt. (§ 209.)

1. Allgemeine Voraussetzungen.

Damit betrüglicher Bankerutt vorliegt, wird vorausgesetzt, dass von dem Beschuldigten eine der in Abs. 1 Z. 1—4 des § aufgezählten Handlungen vorgenommen wurde. Diese Handlung begründet aber nur dann die Strafbarkeit, wenn entweder über das Vermögen des Beschuldigten der Konkurs eröffnet worden ist, oder derselbe seine Zahlungen eingestellt hat. Ob Konkurseröffnung stattgefunden hat, ist eine thatsächliche Frage, deren Bejahung lediglich davon abhängt, dass ein deutsches Amtsgericht die Eröffnung beschlossen hat. (Bem. 1 zu § 100 S. 381.) Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist der Beurteilung des Strafrichters entzogen. Auch kommt nichts darauf an, ob das Verfahren durchgeführt oder gemäss § 190 wieder eingestellt worden ist. Wurde der Eröffnungsbeschluss auf Grund der vom Gemeinschuldner eingelegten sofortigen Beschwerde aufgehoben, so liegt die Sache ebenso, als wenn eine Eröffnung gar nicht stattgefunden hätte. Über die Thatsache der Zahlungseinstellung hat der Strafrichter selbständig zu entscheiden, ohne dass er an die Entscheidungen des Civilgerichtes gebunden ist. (§ 261 der Str.-P.-O.) Wegen der Frage, wann eine Zahlungseinstellung anzunehmen ist, muss auf die Bem. I. 3 zu § 23 S. 109 ff. und auf Bem. II. 1—3 zu § 94 S. 366 ff. verwiesen werden. Die Zahlungseinstellung erfüllt den Thatbestand nicht nur, wenn sie nötig war, sondern auch, wenn sie irrtümlich erfolgte, weil der Schuldner sich über seine wahre Vermögenslage täuschte, und ebenso, wenn sie in Kenntnis der wahren Vermögenslage nur auf Grund fingierter Zahlungsunfähigkeit geschah, um die Gläubiger zu schädigen.[5])

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 25. März 1887, Rechtspr. Bd. IX. S. 197.

[2]) Vgl. Dalke, Fragestellung und Verdikt S. 94; R.-G. (II.) 8. Nov. 1881, 30. März 1886, Entsch. Bd. V. S. 155, Bd. XIV. S. 8 ff.; (IV.) 17. Febr. 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 158 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (IV.) 17. Febr. 1888 a. a. O.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 2. Juli 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 350.

[5]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 65 Nr. 3; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 407; v. Liszt, Lehrb. S. 442 § 135 Nr. II. 2a; Meyer, Lehrb. S. 736 § 97 Nr. 3 und Anm. 20; Oppenhoff S. 718 Nr. 36; v. Schwarze S. 818; v. Völderndorff Bd. III. S. 8; R.-G. (III.) 22. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 294. A. M. Fitting S. 408 § 58 Anm. 4; v. Wilmowski S. 477.

Ob die unter die Z. 1—4 fallende Handlung vor oder nach der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung erfolgte, ist gleichgültig, weil dieselbe nicht in ursächlichem Verhältnisse zur Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung zu stehen braucht. (Bem. I. 4.)[1]) Die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern kann zwar noch nach der Zahlungseinstellung, aber nicht mehr nach der Konkurseröffnung erheblich sein, denn mit dem Eintritte der Wirkungen des § 5 hört die Verpflichtung, Bücher zu führen, notwendig solange auf, bis der Schuldner wieder in den Besitz eines Geschäftes gelangt, bezüglich dessen das Konkursverfahren keine Wirkung hat. Aus demselben Grunde kann derjenige Schuldner nicht gestraft werden, welcher nach der Konkurseröffnung die Bilanzziehung für sein zur Masse gehöriges Vermögen unterlässt. Aber sogar schon nach der Zahlungseinstellung hat die Ziehung der Bilanz keinen Wert mehr, ist folglich die Unterlassung nicht strafbar.[2]) Dass die Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung in einem Verschulden des dadurch Betroffenen ihren Grund hat, ist gleichfalls nicht erforderlich. (Bem. III. 1 S. 600.)[3])

Damit eine strafbare Handlung vorliegt, wird ausserdem in allen Fällen vorausgesetzt, dass die in Frage stehende Handlung vom Beschuldigten in der Absicht vorgenommen wurde, dadurch seine Gläubiger, und zwar diese im allgemeinen, nicht nur einen einzigen derselben, zu benachteiligen. Das Bewusstsein von der blossen Möglichkeit einer Benachteiligung der Gläubiger genügt nur, soweit sich mit demselben der dolus eventualis verbindet.[4]) Hat der Schuldner die Handlung vorgenommen, obgleich er wusste, dass dieselbe eine Benachteiligung zur Folge haben müsse, so hat er diese Folge gewollt.[5]) Die Absicht muss auf einen Vermögensnachteil gerichtet sein. Regelmässig wird dieselbe dahin gehen, den Gläubigern Befriedigungsmittel zu entziehen. Es genügt aber schon die Absicht, denselben die Befriedigung zu erschweren. Dies kann auch dadurch geschehen, dass ihnen die Übersicht über die vorhandenen Forderungen und Schulden entzogen wird. War die Absicht lediglich darauf gerichtet, einen einzelnen Gläubiger zu schädigen und zwar in der Art, dass die übrigen Gläubiger dadurch keinen Nachteil erleiden sollten, ja ihnen sogar ein Bestandteil der Masse erhalten werde, so ist der Thatbestand des § nicht gegeben. Dagegen liegt derselbe dann vor, wenn ein einzelner Gläubiger, z. B. ein Verwandter des Beschuldigten, zum Nachteil aller übrigen begünstigt werden sollte.[6]) In diesem Falle trifft mit dem Thatbestande des § 209 derjenige des § 211 zusammen. (Bem. 4 zu § 211.) Die Absicht der Benachteiligung ist nicht nur dann vorhanden, wenn eine Verminderung der Masse erstrebt wurde, sondern auch dann, wenn die Verteilung derselben oder die Verwertung einzelner Massegegenstände erschwert oder verzögert werden sollte, oder wenn eine zeitweilige Vorenthaltung einzelner Massegegenstände den Zweck der Handlung bildete.[7]) In allen diesen Fällen ist aber erforderlich, dass die beabsichtigte Benachteiligung mit der Zahlungseinstellung und der dadurch herbeigeführten Nichtbefriedigung der Gläubiger in Beziehung steht. Deshalb wird immer das Bewusstsein von der bereits eingetretenen oder

[1]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 594; v. Liszt, Lehrb. S. 443 § 135 Nr. II. 3e; Oppenhoff S. 716 Nr. 30; v. Sarwey S. 876 Nr. 3; v. Schwarze S. 822 Nr. 1a; Seeger im Arch. f. Strafr. Bd. 20 S. 142; v. Völderndorff Bd. III. S. 15; Wengler S. 700; v. Wilmowski S. 478 Nr. 2; preuss. Obertrib. 28. Jan. 1875, Arch. f. Strafr. Bd. 23 S. 59, 60.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 16. Febr. 1881, Rechtspr. Bd. III. S. 51 ff.

[3]) Vgl. v. Liszt, Lehrb. S. 443 § 135 Nr. II. 3d; Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 386, 387; Oppenhoff S. 715, 716 Nr. 24; Rohland, Gefahr im Strafr. S. 35; v. Sarwey S. 877 Nr. 3.

[4]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 66 Nr. 8; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 412; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 818; v. Schwarze S. 822 Nr. 1; Wengler S. 700; sächs. O.-A.-G. 10. Aug. 1877, Arch. f. Strafr. Bd. 26 S. 362, 363.

[5]) Vgl. Willenbücher S. 240 Nr. 4. A. M. ist anscheinend Oppenhoff S. 716 Nr. 26.

[6]) Vgl. Merkel a. a. O. S. 818; v. Schwarze S. 821; Wengler S. 700; Willenbücher S. 240 Nr. 4c.

[7]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 647 Nr. 5a; v. Sarwey S. 877 Nr. 3; Willenbücher S. 240 Nr. 4d.

bevorstehenden Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorausgesetzt.[1]) Ist die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, in der angegebenen Weise nachgewiesen, so bedarf es eines weitern Nachweises nicht mehr. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Beschuldigte beabsichtigte, sich selbst oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die Bezeichnung „betrüglicher Bankerutt“ wurde bloss gewählt, um den in § 209 vorgesehenen Fall von dem des „einfachen Bankerutts“ zu unterscheiden. Es brauchen aber keineswegs alle Merkmale des Betrugs (§ 263 St.-G.-B.) vorzuliegen.[2]) Der vollendete betrügliche Bankerutt setzt unter allen Umständen voraus, dass ausser den übrigen Merkmalen des Thatbestandes entweder der Konkurs eröffnet oder eine Zahlungseinstellung erfolgt ist. War die unter die Z. 1—4 fallende Handlung der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vorausgegangen, so ist die strafbare Handlung im Augenblicke, in welchem diese erfolgten, vollendet, andernfalls in demjenigen Augenblicke, in welchem die betreffende Handlung vorgenommen wurde. Wegen des strafbaren Versuches ist auf Bem. II. 6 S. 598 zu verweisen.

2. *Verheimlichung oder Beiseiteschaffung von Vermögensstücken.* (Abs. 1 Z. 1.)

Das „Verheimlichen“ von Vermögensstücken setzt voraus, dass eine Sache der Wahrnehmung der Beteiligten, d. h. des Verwalters oder der Gläubiger, entzogen wurde und dadurch die Geltendmachung der den Gläubigern zustehenden Rechte unmöglich gemacht oder doch erschwert oder verzögert wird. Dagegen ist hiezu nicht erforderlich, dass die Handlung, durch welche dieser Erfolg herbeigeführt wird, selbst eine heimliche und an dem Orte der Vornahme vollständig unbemerkt geblieben ist. Auch das blosse Ableugnen des Vorhandenseins einer Sache kann als „Verheimlichung“ erscheinen. Ebenso kann die Verwendung von Geldern zu unnötigen Ausgaben oder zur Flucht oder das Verschleudern oder Verschenken von Wertgegenständen unter den Begriff der Verheimlichung fallen, wenn diese Gegenstände bezw. Gelder der Wahrnehmung der Beteiligten vorher in der Absicht entzogen wurden, die Gläubiger zu benachteiligen.[3]) Auch wird der Thatbestand des § dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Verheimlichung oder das Beiseiteschaffen zu dem Zwecke erfolgte, einen Gläubiger auf Kosten aller übrigen zu begünstigen. (Bem. II. 1 S. 589.)[4]) Bezüglich des Zusammentreffens mit dem Thatbestande des § 211 vgl. Bem. 4 zu diesem §. In dem Verkaufe eines Grundstückes kann ein Verheimlichen nur dann gefunden werden, wenn dessen Vorhandensein abgeleugnet oder verschwiegen oder der Verkauf nur zum Schein errichtet worden ist, um den Glauben zu erregen, dass das Grundstück nicht mehr zur Masse bezw. zum Vermögen des Schuldners gehöre. Das „Beiseiteschaffen“ setzt voraus, dass eine Sache der rechtlichen oder thatsächlichen Verfügungsgewalt des Konkursverwalters oder dem Zugriffe der Gläubiger entzogen wurde. Den Begriff des Beiseiteschaffens kann auch ein vorübergehendes Vorenthalten erfüllen. Jedenfalls wird die Feststellung dieses Merkmales nicht dadurch ausgeschlossen, dass die beiseitegeschafften Gegenstände nachträglich wieder entdeckt und herbeigeschafft worden sind. Ferner ist nicht erforderlich, dass ein Gegenstand an einen andern Ort gebracht wird. Das Beiseiteschaffen kann hienach nicht nur bei beweglichen Sachen, sondern auch bei Grundstücken vorkommen. Solche sind insbesondere dann als beiseitegeschafft anzusehen, wenn der Schuldner dieselben durch eine rechtswirk-

[1]) Vgl. Oppenhoff S. 717 Nr. 30; v. Schwarze S. 822; v. Völderndorff Bd. III. S. 16 Anm. 16; preuss. Obertrib. 28. Jan. 1875, Arch. f. Strafr. Bd. 23 S. 59, 60.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 716 Nr. 25; v. Sarwey S. 876 Nr. 3; v. Schwarze S. 821; v. Völderndorff Bd. III. S. 16.

[3]) Vgl. Oppenhoff S. 718 Nr. 39; v. Sarwey S. 877; v. Schwarze S. 823; v. Völderndorff Bd. III. S. 19; Wengler S. 702.

[4]) Vgl. Oppenhoff S. 719 Nr. 41; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Wilmowski S. 478. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 20 Nr. II.

same Auflassung dem Zugriffe der Gläubiger entzogen hat.[1]) Da schon die Verzögerung oder Erschwerung des Zugriffes als Benachteiligung der Gläubiger anzusehen ist (Bem. II. 1 S. 589 a. E.), und auch die darauf gerichtete Absicht durch Beiseiteschaffen sich verwirklichen lässt, kann übrigens auch in der zum Schein vorgenommenen und an sich rechtsunwirksamen Auflassung eine Beiseiteschaffung gefunden werden, denn durch dieselbe wird die Verwertung für die Konkursmasse bezw. die Zwangsvollstreckung solange gehindert, bis das Vorhandensein eines Scheingeschäftes rechtskräftig festgestellt worden ist oder die thatsächlichen Wirkungen desselben auf andere Weise, z. B. durch freiwillige Herausgabe seitens des Dritten, beseitigt worden sind.[2]) In dem Verschaffen der Pfändungsmöglichkeit durch Gewährung einer vollstreckbaren Urkunde u. s. w. bezw. in der Erleichterung der Erlangung derselben (z. B. durch Begebung eines Wechsels), liegt zunächst nur ein Versuch des Beiseiteschaffens. Dieses letztere ist jedoch vollendet, wenn der begünstigte Gläubiger demnächst die Pfändung bewirkt und damit den Zugriff des Konkursverwalters oder der Gläubiger ausgeschlossen oder doch wirkungslos gemacht hat. Der Erfolg ist dann mit Hilfe des Gläubigers herbeigeführt worden, der, wenn ihm der Sachverhalt bekannt war, als Gehilfe, andernfalls als blosses Werkzeug des Schuldners anzusehen ist.[3]) Da eine Ortsveränderung nicht erforderlich ist, können auch Forderungen und andere Rechte verheimlicht oder durch Veräusserung beiseitegeschafft werden.[4])

In einer und derselben Handlung kann eine Verheimlichung und ein Beiseiteschaffen von Vermögensstücken enthalten sein, sofern dieselben nicht bloss dem Zugriffe des Verwalters bezw. der Gläubiger, sondern auch deren Wahrnehmung entzogen worden sind. In diesem Falle muss die an die Geschworenen gestellte Frage die beiden Merkmale mit „und" verbinden, obwohl das Gesetz dieselben nebeneinander aufstellt und als gleichwertig behandelt. Durch diese Fassung des Gesetzes („oder") wird nicht ausgeschlossen, dass die beiden Merkmale zusammentreffen.[5]) Das Verheimlichen, durch welches die in Frage stehenden Gegenstände immer zugleich der thatsächlichen Verfügung des Verwalters bezw. dem Zugriffe der Gläubiger entzogen werden, ist allerdings nur eine besondere Art des Beiseiteschaffens.[6]) Nachdem das Gesetz diese Art besonders hervorgehoben hat, kann aber in der Unterscheidung derselben in der Fragestellung, durch welche zudem weder Unklarheit noch Verwirrung entsteht, eine Gesetzesverletzung nicht gefunden werden.

Ob die verheimlichten oder beiseitegeschafften Gegenstände einen grössern oder geringern Wert haben, ist nicht entscheidend. Es kommt aber immer darauf an, dass dieselben überhaupt den Gläubigern zugute gekommen wären und deren Benachteiligung beabsichtigt worden ist. Deshalb kann die Beseitigung unentbehrlicher Kleidungsstücke des Gemeinschuldners u. s. w., welche der Zwangsvollstreckung (nach § 715 C.-P.-O.) nicht unterliegen, den Thatbestand des betrüglichen Bankerutts nicht herstellen. Ebensowenig ist dies hinsichtlich der Beseitigung solcher Waren der Fall, welche der Gemeinschuldner nach erfolgter Konkurseröffnung unter Haftung eines Dritten für den Kaufpreis bezogen hat.[7]) Bezüglich des Zusammentreffens der Thatbestände von § 209 Z. 1 und § 212 vgl. Bem. 1 zu diesem §.

[1]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 66 Nr. 8; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 410 Anm. 1; v. Liszt, Lehrb. S. 444 § 136 Nr. II. 1; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 817; Meyer, Lehrb. S. 737; Oppenhoff S. 718, 719; Rüdorff-Stenglein S. 647, 648 Nr. 6; v. Sarwey S. 877 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. III. S. 18; Wengler S. 702; Willenbücher S. 241 Nr. 10; v. Wilmowski S. 478; R.-G. (II.) 22. Juni 1880, Entsch. Bd. II. S. 118 ff. A. M. v. Schwarze S. 823 Anm. 2.

[2]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. III. S. 18; Willenbücher S. 241.

[3]) Vgl. sächs. O.-A.-G. 10. August 1877, Arch. für Strafr. Bd. 26 S. 362, 363, welches schon das Gewähren der Pfändungsmöglichkeit als vollendetes Vergehen betrachtete.

[4]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 66 Nr. 8; Meyer, Lehrb. S. 737; Oppenhoff S. 719 Nr. 40; v. Völderndorff Bd. III. S. 18, 19; Wengler S. 703.

[5]) Vgl. v. Schwarze S. 823; ferner R.-G. (III.) 15. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 250 ff.

[6]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 410 Anm. 1.

[7]) Vgl. Hälschner a. a. O. S. 410; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6; v. Sarwey S. 877; v. Völ-

3. Anerkennung oder Aufstellung von erdichteten Schulden oder Rechtsgeschäften. (Abs. 1 Z. 2.)

Damit die Z. 2 zur Anwendung kommen kann, ist erforderlich, dass der Beschuldigte ein ihn bezw. die Masse belastendes Rechtsgeschäft oder eine Schuld, die in Wirklichkeit gar nicht oder doch nicht in der angegebenen Weise bestehen, und von deren Nichtbestehen er Kenntnis hatte, entweder selbst behauptet, oder wenn sie von einer andern Person geltend gemacht werden, anerkennt. Ist das Rechtsgeschäft oder die Forderung gar nicht geltend gemacht worden, so wird allerdings das Vorhandensein der Benachteiligungsabsicht nicht leicht angenommen werden.[1]) Wenn dieselbe aber vorliegt, kommt es auf die Thatsache der Geltendmachung nicht an. Der in Frage stehende Thatbestand liegt auch dann vor, wenn die Fortdauer einer ältern bereits getilgten Schuld oder das Bestehen eines nicht begründeten Vorzugsrechtes behauptet oder anerkannt worden ist.[2]) Dasselbe gilt, wenn eine Forderung nur teilweise erdichtet worden ist, z. B. von dem Schuldner eine zum Teil getilgte Forderung in ihrem vollen frühern Umfange anerkannt wurde.[3]) Bezüglich der Anerkennung kommt es nicht darauf an, ob dieselbe ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. durch Nichtbestreiten im Prozesse oder durch Unterlassung begründeter Einreden, verabredete Verweigerung der Eidesleistung u. s. w., erfolgt ist.[4]) Das Nichtvorbringen der Verjährungseinrede genügt, selbst wenn es zum Zwecke der Benachteiligung der Gläubiger erfolgt, nicht, um die Anwendung des § 209 zu rechtfertigen, denn die verjährte Forderung besteht, da die Verjährung nur dann wirkt, wenn sie ausdrücklich geltend gemacht wird, an sich zu Recht, kann also nicht als eine „erdichtete“ bezeichnet werden. Auch wenn der Schuldner die eingetretene Verjährung nicht verschweigt, sondern nur erklärt, er schütze die Einrede nicht vor, muss das Gericht die Forderung als begründet anerkennen.[5]) Dagegen kann die Anerkennung einer bereits vor dem Beginne eines Geschäftes simulierten Schuld unter die Vorschrift der Z. 2 fallen. Dass das Rechtsgeschäft bezw. die Schuld erdichtet wurde, muss erwiesen werden. Dem Beschuldigten liegt nicht die Verpflichtung ob, deren Entstehen nachzuweisen.[6])

Wer im Einverständnisse mit dem Gemeinschuldner eine erdichtete Forderung als Gläubiger im Konkurse anmeldet, ist nicht aus § 212, sondern als Gehilfe nach § 209 und § 49 Str.-G.-B. zu bestrafen.[7])

4. Unterlassung der Führung von Handelsbüchern. (Z. 3.)

In Z. 3 wird zunächst vorausgesetzt, dass der Schuldner zur Führung von Handelsbüchern überhaupt gesetzlich verpflichtet war; er muss also Kaufmann und zwar Vollkaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches gewesen sein. Über das Vorhandensein dieser Voraussetzung hat der Strafrichter selbständig zu entscheiden. Die Verpflichtung zur Buchführung

derndorff Bd. III. S. 18; Wengler S. 702; v. Wilmowski S. 478; ferner bayer. oberster Gerichtshof 28. Dez. 1872, Samml. d. Entscheid. in Strafs. Bd. II. S. 308 ff.

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 20, 21.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 719 Nr. 43; Rüdorff-Stenglein S. 648 Nr. 6a; v. Schwarze S. 823 Nr. 10; v. Sarwey S. 878 Nr. 6; Wengler S. 703; v. Wilmowski S. 478 Nr. 4; sächs. O.-A.-G. 2. März 1874, Ann. Bd. 20 S. 139.

[3]) Vgl. sächs. O.-A.-G. 4. Jan. 1875, Ann. Bd. 20 S. 501 ff.

[4]) Vgl. Oppenhoff S. 719 Nr. 43; v. Schwarze S. 829 Nr. 9 und 11; v. Völderndorff Bd. III. S. 20; Wengler S. 703.

[5]) Vgl. Oppenhoff S. 719 Nr. 43; Willenbücher S. 241 Nr. 12. A. M. v. Schwarze S. 823 Nr. 11.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 719 Nr. 44; v. Schwarze S. 824; v. Sarwey S. 878 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. III. S. 21; Wengler S. 703; v. Wilmowski S. 478 Nr. 4.

[7]) Vgl. Oppenhoff S. 719, 720 Nr. 45; v. Schwarze S. 824 Nr. 12; Wengler S. 703; Willenbücher S. 241 Nr. 12.

muss als ein wesentliches Thatbestandsmerkmal in jedem Falle ausdrücklich festgestellt werden; es genügt jedoch in dieser Beziehung die Feststellung, dass der Angeklagte die nach den Art. 28, 29 H.-G.-B. für ihn begründeten Verpflichtungen durch ein näher zu bezeichnendes Verhalten verletzt habe.[1]) Auch die Frage, ob der Angeklagte Vollkaufmann ist, muss hienach von Amts wegen also selbst dann geprüft werden, wenn der Angeklagte den Einwand, dass er Minderkaufmann sonach zur Buchführung nicht verpflichtet sei, nicht vorgebracht hat. Die blosse Feststellung, dass der Angeklagte Kaufmann sei, kann nicht genügen, weil sich daraus die Verpflichtung zur Buchführung noch nicht ergiebt.[2]) Gehört der Schuldner zu den in Art. 10 H.-G.-B. aufgezählten Personen (den sogenannten Minderkaufleuten), so kann ihn der Umstand, dass er keine Bücher führte, nicht strafbar machen. Höker, Trödler und Hausierer sind ohne Rücksicht auf den Umfang des Betriebes,[3]) und Personen, welche einen den Geschäften derselben ähnlichen Handel betreiben, von der Verpflichtung zur Buchführung dann befreit, wenn ihr Gewerbe nur einen geringen Umfang hat. Es genügt weder die Ähnlichkeit des Betriebes mit dem der Höker u. s. w. noch der geringe Umfang desselben für sich allein.[4]) So sind z. B. Weinhändler und Cigarrenverkäufer auch bei geringem Umfange des Geschäftes zur Führung von Handelsbüchern verpflichtet.[5]) Andererseits wird auch nicht ein sehr geringer Betrieb vorausgesetzt.[6]) Der Gewerbebetrieb im Umherziehen gehört unter allen Umständen hierher. Wird ein Geschäft zugleich als Hausierhandel und als Ladengeschäft betrieben, so ist der Umfang desselben im ganzen massgebend.[7]) Zieht der Inhaber einer ständigen Niederlassung lediglich mit Proben umher, um für diese Kunden zu gewinnen, so liegt ein Hausierhandel überhaupt nicht vor.[8]) Weiter ist die Verpflichtung zur Buchführung abgenommen: den Wirten jeder Art, einschliesslich der Besitzer grösserer Gasthöfe, und den „gewöhnlichen“ Schiffern und Fuhrleuten, d. h. denjenigen Gewerbetreibenden dieser Art, welche nur einen geringen, nicht kaufmännisch eingerichteten Geschäftsbetrieb haben. Zum Teil ist die Befreiung von der Verpflichtung zur Buchführung auch von der Landesgesetzgebung abhängig. (Art. 10 Abs. 1 u. 3 H.-G.-B.)[9]) Endlich sind befreit „Personen, deren Gewerbe nicht über den Handwerksbetrieb hinausgeht“. Die Frage, ob dies der Fall ist, kann aber nur bei solchen Geschäften aufgeworfen werden, welche in der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen bestehen. (Art. 271 Z. 1 und 272 Z. 1 H.-G.-B.)[10])

Gleichgültig ist bei Beurteilung des Umfanges eines Betriebes, ob in demselben Maschinen benutzt werden[11]) und ob die Ausdehnung über den Umfang des Handwerkes hinaus von Anfang an beabsichtigt war, oder ob der Betrieb diese Ausdehnung erst im Laufe der Zeit erlangt hat.[12]) Unerheblich ist ferner, ob für die Herstellung von Geschäftsverbindungen

[1]) Vgl. R.-G. (III.) 5. Juni und 23. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 32 und 377.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 11. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 35 ff., bes. S. 36. A. M. R.-G. (II.) 17. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 49.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 30. März 1889 und bez. des Begriffes »Höker« 2. Dez. 1887, jur. Wochenschr. 1889 S. 228 und 1888 S. 64, Rechtspr. Bd. IX. S. 690. A. M. Oppenhoff S. 720 Nr. 48, 49.

[4]) Vgl. R.-G. (I.) 21. Nov. 1881 und (II.) 17. Sept. 1886, Rechtspr. Bd. III. S. 720 ff., Bd. VIII. S. 541, 542.

[5]) Vgl. R.-G. (I.) 28. März 1881, Entsch. Bd. IV. S. 281 ff.

[6]) Vgl. R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. IV. S. 120 ff.

[7]) Vgl. R.-G. (II.) 17. Sept. 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 541; Oppenhoff S. 721 Nr. 50.

[8]) Vgl. R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. IV. S. 120 ff.

[9]) Bezüglich der thüringischen Länder vgl. R.-G. (III.) 17. April und 16. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 340; hinsichtlich Preussens R.-G. (I.) 21. Nov. 1881, Rechtspr. Bd. III. S. 722.

[10]) Vgl. Oppenhoff S. 721 Nr. 53.

[11]) Vgl. R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 127, 128; über die Grenze zwischen Fabrik- und Handwerksbetrieb besonders (III.) 2. Juli 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 488 und jur. Wochenschr. 1883 S. 220; Oppenhoff S. 721 Nr. 53.

[12]) Vgl. R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886 a. a. O.; Oppenhoff S. 722 Nr. 53.

Geschäftsreisen unternommen wurden oder nicht.[1]) Das Vorhandensein der Kaufmannseigenschaft wird nicht berührt durch die geringe Höhe des Steuersatzes oder den Mangel der Eintragung im Handelsregister;[2]) ebensowenig dadurch, dass der Kaufmann neben seinem kaufmännischen Geschäfte noch ein nichtkaufmännisches (Wirtschaft)[3]) oder Hausierhandel betreibt.[4]) Die Kaufmannseigenschaft fehlt demjenigen Bauunternehmer, welcher gewerbsmässig Baumaterial einkauft und den Preis für die fertiggestellten Bauten bezieht.[5]) Anders liegt aber natürlich die Sache, wenn derselbe die Absicht verfolgte, die angeschafften Materialien als bewegliche Sachen weiter zu veräussern. Der Minderjährige, welcher ohne vormundschaftliche Genehmigung ein Handelsgewerbe betreibt, kann als Kaufmann nicht angesehen werden, da ihm die Fähigkeit zum selbständigen Betriebe eines Erwerbsgeschäftes fehlt, die von ihm vorgenommenen, an sich unwirksamen Handlungen deshalb auch nicht die Wirkung haben, ihn zum Kaufmanne zu machen.[6])

Von mehreren offenen Handelsgesellschaftern und persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft ist zwar jeder zur Buchführung persönlich verpflichtet, sofern er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde.[7]) Allein aus § 209 kann nur derjenige Gesellschafter bestraft werden, welcher in Benachteiligungsabsicht gehandelt hat; in Ermangelung dieses Nachweises kommt § 210 zur Anwendung. Insbesondere kann man von demjenigen, der die Buchführung mit Rücksicht auf die Geschäftsverteilung vernachlässigt hat, nicht sagen, er habe beabsichtigt, die Gläubiger zu benachteiligen. Das letztere gilt auch für die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft. Wenn der Gesellschaftsvertrag für den Fall des Todes eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben vorsieht, so sind diese für jene Handlungen verantwortlich, welche sie seit ihrem durch Erbgang erfolgten Eintritt in die Gesellschaft in Benachteiligungsabsicht vorgenommen haben. Ob zur Zeit des Erbganges alle Gesellschafter ihrem Eintritte zugestimmt haben, ist unerheblich, weil der Eintritt auf Grund des frühern Vertrages erfolgt. Aus § 210 haften die Erben auch für die seit der Zeit ihres Eintrittes ohne Benachteiligungsabsicht begangenen Handlungen bezw. Unterlassungen.[8]) Wenn ein Gesellschafter die Buchführung im Hinblicke auf eine bevorstehende Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung unterlassen hat, so schützt ihn der Umstand nicht gegen Strafe, dass er vor Eintritt der letztgenannten Ereignisse ausgetreten ist, sofern nur die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung die von ihm vorausgesehene, d. h. die Folge der zur Zeit seiner Teilnahme an der Gesellschaft schon vorhandenen Überschuldung war.[9])

Obgleich die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern vorliegt, kann Strafe aus § 209 nicht eintreten, wenn die Unterlassung lediglich auf Unkenntnis oder Unfähigkeit

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 12. April 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 233.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 721 Nr. 50 und S. 713 Nr. 11, 12; Rüdorff-Stenglein S. 649; Willenbücher S. 243; R.-G. (III.) 30. April 1881, Entsch. Bd. IV. S. 120.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 28. März 1881 und 8. Febr. 1883, Entsch. Bd. IV. S. 281, Bd. VIII. S. 147, 148; (IV.) 4. Nov. 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 694.

[4]) Vgl. R.-G. (IV.) 30. Jan. 1885, Rechtspr. Bd. VII. S. 65.

[5]) Vgl. Oppenhoff S. 712 Nr. 7; R.-G. (IV.) 18. Jan. 1889, Entsch. Bd. XVIII. S. 363 ff.

[6]) Vgl. preuss. Obertrib. 15. Sept. 1879, Arch. f. Strafr. Bd. 27 S. 542; Rüdorff-Stenglein S. 645 Nr. 2 a. E. A. M. Oppenhoff S. 713 Nr. 14.

[7]) Vgl. R.-G. (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 359 ff., jur. Wochenschr. 1883 S. 220, 221; (IV.) 30. Apr. 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 331, 332; (II.) 18. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 103.

[8]) Vgl. R.-G. (III.) 10. Mai 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 359 ff.

[9]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 649; R.-G. (III.) 21. April 1880, Rechtspr. Bd. I. S. 628, Arch. f. Strafr. Bd. 28 S. 446. Das R.-G. spricht den Satz zwar nur zu § 210 aus; derselbe muss aber auch in Ansehung des § 209 gelten. Andernfalls könnte sich der Gesellschafter sehr leicht der Strafe entziehen.

des Verpflichteten beruht; denn beide Thatsachen schliessen logisch die Benachteiligungsabsicht aus.[1]) (Bezüglich des § 210 vgl. Bem. III. 3 S. 604.)

Ob jemand Vollkaufmann sei und ob der Betrieb über den Umfang des Handwerkes hinausreiche oder nicht, ist eine Rechtsfrage. Der aus falscher Beantwortung dieser Fragen entspringende Irrtum über die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern ist daher nicht nach § 59 des Strafgesetzbuches, sondern als Rechtsirrtum zu behandeln.[2]) Dasselbe gilt von irrtümlicher Auffassung der Art. 28, 29 H.-G.-B.[3]) Nur ein Irrtum über diejenigen Thatsachen, nach welchen der Schuldner den Umfang oder die Art seines Geschäftes beurteilte, begründet einen nach § 59 erheblichen Irrtum über die Grundlagen der Verpflichtung.[4]) Auch dieser entschuldigt aber nach Abs. 2 dieses § nur dann, wenn die irrtümliche Beurteilung der Thatsachen nicht selbst auf Fahrlässigkeit beruhte.[5]) Die Feststellung, dass die Handlung bezw. Unterlassung auf Rechtsirrtum beruhte, schliesst logisch die Benachteiligungsabsicht aus.[6]) Anders liegt die Sache in den Fällen des § 210, weil dort die Verurteilung Benachteiligungsabsicht nicht voraussetzt.

Welche Bücher der Vollkaufmann führen muss, ist im Handelsgesetzbuche (Art. 28 ff.) nur im allgemeinen bestimmt. In jedem einzelnen Falle ist zu entscheiden, ob nach kaufmännischen Grundsätzen ein bestimmtes Buch geführt werden musste, damit für das in Frage stehende Geschäft der erforderliche Überblick über die vorgenommenen Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens gewährt wird. Es genügt aber, um die Strafbarkeit zu begründen, dass ein einziges Buch, dessen Notwendigkeit feststeht, nicht geführt worden ist. Zu den Handelsbüchern ist auch das von dem Kaufmanne bei Beginn des Geschäftes zu errichtende Vermögensverzeichnis,[7]) das regelmässig zu errichtende Inventar[8]) sowie die alljährlich zu ziehende Bilanz[9]) zu rechnen. Ob das Fehlen der Unterschrift die rechtliche Nichtigkeit der Bilanz bewirkt, ist zwar zweifelhaft (Bem. III. 4), doch kann jedenfalls von einer in Benachteiligungsabsicht erfolgten Unterlassung der Bilanzziehung nicht die Rede sein, wenn an der Bilanz lediglich die Unterschrift fehlt. Die dem Kaufmanne nach Art. 29 H.-G.-B. obliegende Verpflichtung zur Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses bei Beginn des Geschäftes (sogenannte Eröffnungsbilanz) ist in dem Zeitpunkte zu erfüllen, in welchem der Kaufmann beginnt, Geschäfte zu machen;[10]) es muss daher auch schon in diesem Zeitpunkte die Benachteiligungsabsicht vorhanden gewesen sein. Dieses Verzeichnis ist beim Geschäftsbeginne auch dann zu errichten, wenn der Kaufmann sein Geschäft ohne eigenes Vermögen beginnt;[11]) ebenso dann, wenn es sich nur um die Fortsetzung eines bestehenden,

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 23.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan. 1882, 1. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 35 ff. u. 92 ff., Entsch. Bd. V. S. 407 ff., bes. S. 409, 410; R.-G. (I.) 8. Febr. 1883, Entsch. Bd. VIII. S. 149; (III.) 11. Juni 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 221; R.-G. (IV.) 19. Febr. 1886 u. (II.) 4. Juni 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 127 ff., 422.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 13. März u. 5. Juni 1880, Rechtspr. Bd. I. S. 457 ff., Bd. II. S. 32, 33.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan., 1. Febr. 1882 a. a. O.

[5]) Vgl. R.-G. (III.) 11. u. 28. Jan. 1882 a. a. O.

[6]) Vgl. v. Schwarze S. 825 Nr. 17; v. Völderndorff Bd. III. S. 23.

[7]) Vgl. preuss. Obertrib. 8. Febr. 1876, Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 17 S. 96 ff.; Rüdorff-Stenglein S. 650. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 24, welcher übersieht, dass die Herstellung des Vermögensverzeichnisses Bestandteil der Buchführung ist, und dass es deshalb als unerheblich erscheint, ob das Verzeichnis ein besonderes Buch darstellt oder nicht.

[8]) Vgl. Erk. des preuss. Obertrib. v. 18. Juli 1875, Rechtspr. des Obertrib. Bd. 13 S. 429 ff.; Oppenhoff S. 722 Nr. 55.

[9]) Vgl. Oppenhoff S. 722 Nr. 55; R.-G. (III.) 5. April 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 226; (I.) 18. Febr. u. 13. Juli 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 354 ff., Rechtspr. Bd. VII. S. 492, 493.

[10]) Vgl. R.-G. (III.) 12. April 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 316, jur. Wochenschr. 1882 S. 160; (IV.) 27. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312, 313 Anm.

[11]) Vgl. R.-G. (III.) 12. April 1882 a. a. O.

von einem andern Einzelkaufmanne übernommenen Geschäftes handelt, oder wenn der Kaufmann, welcher Mitglied einer offenen Handelsgesellschaft war, das Geschäft dieser Gesellschaft nach Austritt aller übrigen Gesellschafter als Einzelkaufmann fortführt. Denn indem an die Stelle der Gesellschaft ein Einzelkaufmann tritt, beginnt ein neuer Geschäftsbetrieb.[1]) Die Verletzung der Verpflichtung zur alljährlichen Bilanzziehung kommt hier nur als besonderer Fall unordentlicher Buchführung in Betracht (Z. 4); die verspätete oder unterlassene Bilanzziehung an sich ist nur als einfacher, nicht auch als betrüglicher Bankerutt strafbar, wie sich aus der verschiedenen Fassung der §§ 209 und 210 ergiebt. Nicht strafbar aus § 209 ist daher der Schuldner, der, sei es auch in Benachteiligungsabsicht, einmal oder mehrmals die Bilanzziehung überhaupt oder die rechtzeitige Bilanzziehung unterlassen hat, sofern seine übrige Buchführung die vollständige Vermögensübersicht gewährt. Auch Briefkopierbücher sind nach Art. 28 H.-G.-B. als notwendige Handelsbücher anzusehen.[2]) Dagegen gehören nicht zu denselben blosse Notizbücher, welche bestimmt sind, die Grundlage für die Einträge in die Handelsbücher zu bilden. Kann die Führung solcher Bücher nicht von der Strafe aus § 210 befreien,[3]) so kann die absichtliche Unterlassung ihrer Führung auch nicht nach § 209 bestraft werden. Ebenso verhält es sich mit Handelsbüchern, welche aus einer Sammlung loser Blätter bestehen.[4])

5. *Vernichtung, Verheimlichung, Veränderung u. s. w. von Handelsbüchern.* (Z. 4.)

In Z. 4 wird nicht vorausgesetzt, dass der Beschuldigte zur Führung von Handelsbüchern gesetzlich verpflichtet war. Vielmehr begründen die im Gesetze vorgesehenen Handlungen auch dann die Strafbarkeit, wenn es der Führung derjenigen Bücher gar nicht bedurft hätte, deren Vernichtung u. s. w. in Frage steht. Die Abweichung gegenüber der Vorschrift in § 210 erklärt sich zur Genüge daraus, dass in § 209 die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, vorausgesetzt wird.[5]) Die vernichteten Bücher müssen aber immerhin „Handelsbücher" im Sinne der Art. 28 und 29 des H.-G.-B. gewesen sein. Die Vernichtung von Aufschreibungen eines Nichtkaufmannes sowie solcher Aufschreibungen eines Kaufmannes, welche nicht als Handelsbücher gelten (Bem. II. 4 S. 595), ist aus § 209 nicht strafbar. Da es nicht auf die Verpflichtung, Handelsbücher zu führen, ankommt, so ist auch die nach Ablauf der zehnjährigen Aufbewahrungsfrist (Art. 33 H.-G.-B.) vorgenommene Vernichtung strafbar.[6]) Vernichtung liegt sowohl dann vor, wenn das Buch vollständig zerstört z. B. verbrannt oder in kleine Stücke zerschnitten wurde, als dann, wenn die Einträge unleserlich gemacht sind.[7]) Die absichtliche Vernichtung eines einzelnen Handelsbuches erfüllt den Thatbestand auch unter der Voraussetzung, dass die übrigen Bücher die Vermögensübersicht gewähren.[8]) Erfolgte die Vernichtung der Handelsbücher erst nach Befriedigung aller

[1]) Vgl. Oppenhoff S. 722 Nr. 55; R.-G. (III.) 28. Febr. u. 26. Nov. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 55, 56, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 722 Nr. 56; v. Völderndorff Bd. III. S. 24.

[3]) Vgl. Oppenhoff S. 722 Nr. 55; Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Schwarze S. 824 Nr. 14; Willenbücher S. 244; R.-G. (II.) 9. April 1880, (III.) 14. Mai 1881, Rechtspr. Bd. I. S. 562, Bd. III. S. 304 ff.

[4]) Vgl. R.-G. (I.) 16. April 1888, Entsch. Bd. XVII. S. 301.

[5]) Vgl. Merkel in v. Holtzendorff's Handb. Bd. III. S. 818; Oppenhoff S. 723 Nr. 58; v. Sarwey S. 879 Nr. 9; v. Schwarze S. 825 Nr. 18; Wengler S. 704; v. Wilmowski S. 748 Nr. 6. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 25.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 723 Nr. 60. A. M. Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Völderndorff Bd. III. S. 25, 26.

[7]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 650; v. Schwarze S. 825 Nr. 19; v. Völderndorff Bd. III. S. 25.

[8]) A. M. Wengler S. 704; v. Wilmowski S. 478 Nr. 6.

Gläubiger, auf deren Forderungen jene sich bezogen, oder nach vollständiger Erfüllung der aus dem Zwangsvergleiche begründeten Pflichten, so entfällt die Strafbarkeit, weil unter dieser Voraussetzung eine Benachteiligungsabsicht nicht angenommen werden kann.[1]) Wenn das Konkursverfahren in ordnungsmässiger Weise aufgehoben wurde, ohne dass die Gläubiger vollständige Befriedigung fanden, so haben diese ein Interesse am Fortbestande der Bücher; es ist daher auch die Benachteiligungsabsicht nicht ausgeschlossen und im Falle des Nachweises derselben § 209 Z. 4 anwendbar.[2]) Die Vernichtung eines Handelsbuches erscheint nicht als strafbar, wenn eine wortgetreue Abschrift von demselben gefertigt und fortgeführt worden ist. In diesem Falle ist die Übersicht über den Vermögensstand nicht beeinträchtigt und die Absicht einer Benachteiligung der Gläubiger ausgeschlossen.[3]) Eine Verheimlichung (Bem. II. 2 S. 590) kann auch in der zeitweisen Vorenthaltung eines Buches gefunden werden.[4])

Bei der Frage, ob die unordentliche Führung oder Veränderung der Bücher bewirkt hat, dass dieselben keine Übersicht des Vermögensstandes gewähren, wird in der Regel die Absicht des Schuldners im Vordergrunde stehen. Soweit die Beschaffenheit der Bücher in Frage ist, kommt es übrigens nicht darauf an, ob der Beschuldigte selbst daraus einen genügenden Überblick erlangen konnte, sondern darauf, ob die Bücher auch einem sachverständigen Dritten die erforderliche Übersicht gewährten.[5]) Diese Übersicht muss sich auf die ganze Vermögenslage erstrecken. Deshalb ist es erforderlich, dass auch sogen. Gefälligkeitsaccepte und Wechselkommissionsgeschäfte in die Bücher eingetragen werden.[6]) Ebenso müssen diejenigen Wechsel, welche nicht das Geschäft sondern das Privatvermögen eines Kaufmannes betreffen, gebucht werden.[7]) Überhaupt gewähren die Bücher nur dann eine vollständige Vermögensübersicht, wenn aus ihnen auch der Privatverbrauch des Kaufmannes ersichtlich ist.[8]) Falls derselbe mehrere Geschäfte betreibt, müssen die Bücher nicht nur Aufschluss geben über den Betrieb desjenigen Geschäftes, für welches eine Pflicht zur Buchführung bestand, sondern auch über den Betrieb eines etwaigen Nebengeschäftes, für das die Verpflichtung fehlt.[9]) Deshalb findet § 209 Anwendung, wenn die Buchführung in Benachteiligungsabsicht hinsichtlich einer dieser Beziehungen unvollständig gelassen wurde, oder wenn in Benachteiligungsabsicht Änderungen erfolgten, welche die Vermögensübersicht nach diesen Richtungen hin unmöglich machten. Die Frage, ob die Bücher die erforderliche Übersicht gewähren, darf nur verneint werden, wenn die Übersicht nicht bloss erschwert, sondern unmöglich geworden ist, so dass aus den Büchern ohne Zuhilfenahme weiterer Auskunftsmittel die Übersicht nicht gewonnen werden kann.[10]) Jedoch muss zur Ergänzung und

1) Vgl. Willenbücher S. 244 Nr. 15; R.-G. (III.) 15. Okt. 1883, Entsch. Bd. IX. S. 134 ff.; (I.) 10. Juni 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 451 ff.

2) Vgl. R.-G. (I.) 8. Dez. 1884 u. 10. Juni 1886, Entsch. Bd. XI. S. 386, Rechtspr. Bd. VIII. S. 451 ff. A. M. Willenbücher S. 244 Nr. 15.

3) Vgl. Oppenhoff S. 723 Nr. 59; v. Sarwey S. 878 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. III. S. 25; Wengler S. 704.

4) Vgl. Oppenhoff S. 723 Nr. 61; v. Schwarze S. 825 Nr. 19.

5) Vgl. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 818; Oppenhoff S. 723 Nr. 63; v. Sarwey S. 828 Nr. 9; v. Schwarze S. 825 Nr. 20; Wengler S. 704; Willenbücher S. 244 Nr. 15; v. Wilmowski S. 479.

6) Vgl. Oppenhoff S. 724 Nr. 64; v. Sarwey S. 878 Nr. 9.

7) Vgl. Erk. des preuss. Obertrib. v. 25. April 1872, Rechtspr. des Obertrib. Bd. 13 S. 273.

8) Vgl. Oppenhoff S. 724 Nr. 64; v. Sarwey S. 878 Nr. 9; Willenbücher S. 244 Nr. 15; R.-G. (III.) 1. Febr. 1882, Entsch. Bd. V. S. 407 ff.

9) Vgl. v. Schwarze S. 826 Nr. 21; R.-G. (III.) 1. Febr 1882 a. a. O.

10) Vgl. Oppenhoff S. 723, 724 Nr. 63; Rüdorff-Stenglein S. 650; Wengler S. 705; Willenbücher S. 244 Nr. 15; R.-G. (III.) 23. Okt. und 17. Nov. 1880, 28. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. II. S. 376, jur. Wochenschr. 1881 S. 12, Rechtspr. Bd. II. S. 523 ff., bes. S. 527 ff., Bd. IV. S. 92; abweichend (III.)

Erläuterung der Bücher die Handelskorrespondenz[1]) sowie die Bilanz und das Inventar[2]) herangezogen werden, weil deren Herstellung einen wesentlichen Bestandteil der Buchführung bildet. Deshalb kann auch die absichtliche Unterlassung der in Art. 31 H.-G.-B. geforderten Abschreibungen den Thatbestand erfüllen, sofern hieraus die Unmöglichkeit der Übersicht über den wahren Vermögensstand entspringt. Es genügt nicht, dass aus den Büchern (einschliesslich der Bilanz) alle Vermögensteile ersichtlich sind. Vielmehr kommt es auf die Einstellung mit dem wahren Werte an. Die absichtliche Einstellung falscher Werte ist hienach absichtlich unordentliche Buchführung.[3]) Ergiebt sich aus den Korrespondenzen, Inventarien und Bilanzen, dass die Bücher falsche Einträge enthalten, so dienen jene nicht bloss zur Ergänzung und Erläuterung, sondern auch als Beweis der unordentlichen Buchführung.[4]) Da Bilanz und Inventar wesentliche Bestandteile der Buchführung sind, so wird diese mangelhaft, sobald Bilanzen oder Inventare fehlen bezw. an wesentlichen Mängeln leiden. Überdies beruht die Richtigkeit der Bilanz auf dem Vorhandensein und der Richtigkeit des Inventars.[5]) Wer in Benachteiligungsabsicht kein oder nur ein mangelhaftes Inventar errichtet, macht sich daher der absichtlich unordentlichen Buchführung schuldig. Eine absichtlich falsche Buchung bildet aber, solange Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nicht eingetreten ist, nur den Thatbestand des Versuches (Bem. II. 6); war jene zur Zeit der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung wieder beseitigt, so liegt Rücktritt vom Versuche vor, und der Schuldner bleibt straflos. (§ 46 St.-G.-B.)[6]) Unrichtigkeiten erfüllen übrigens den Thatbestand nur, wenn sie für die Gewinnung der Übersicht erheblich sind.[7]) Dagegen bleibt die frühere unordentliche Buchführung strafbar, wenn ihre Wirkung, der Mangel der Vermögensübersicht, zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung noch fortdauert, mag auch zu dieser letztern Zeit die Buchführung an sich eine ordentliche sein.[8]) Dritte Personen, welche statt des Gemeinschuldners oder in Gemeinschaft mit demselben die Vernichtung bezw. Verheimlichung der Bücher oder die vom Schuldner beabsichtigte unordentliche Buchführung besorgt haben, sind als Gehilfen zu bestrafen.

6. Versuch und Rücktritt vom Versuche.

Der Versuch des betrüglichen Bankerutts ist strafbar, weil letzterer den Thatbestand eines Verbrechens bildet (§ 1 Abs. 1, § 43 St.-G.-B.). Ein strafbarer Versuch kann in der Weise vorliegen, dass der Schuldner, nachdem er die Zahlungen eingestellt hat oder nachdem über sein Vermögen der Konkurs eröffnet ist, seinen Entschluss, das Verbrechen des betrüglichen Bankerutts zu begehen, durch ein Verhalten bethätigt hat, welches die Ausführung einer der in § 209 Z. 1—4 bezeichneten Handlungen enthält. Versuch ist aber

30. Okt. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 419 ff. und jur. Wochenschr. 1881 S. 13, insofern hier Strafbarkeit angenommen ist, weil die Gewinnung einer Übersicht selbst für Sachverständige nur mit Aufwand besonderer Mühe möglich war. A. M. v. Schwarze S. 825 Nr. 20.

[1]) Vgl. R.-G. (IV.) 15. Jan. 1886, (I.) 16. April 1888, Rechtspr. Bd. VIII. S. 61, 62, Bd. X. S. 297.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 5. April 1883, (I.) 13. Aug. 1885, Rechtspr. Bd. V. S. 226, Bd. VII. S. 492, 493.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 18. Febr. 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 354 ff.

[4]) Vgl. R.-G. (IV.) 15. Jan. 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 61, 62.

[5]) Vgl. R.-G. (III.) 26. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 315; (I.) 16. April 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 296 ff., bes. S. 298.

[6]) Vgl. R.-G. (III.) 2. April 1881, Rechtspr. Bd. III. S. 190. A. M. anscheinend Rüdorff-Stenglein S. 650.

[7]) Vgl. Oppenhoff S. 724 Nr. 63; R.-G. (III.) 17. Nov. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 523 ff., bes. S. 528, 529; (I.) 10. Jan. 1887, Entsch. Bd. XV. S. 174 ff.

[8]) Vgl. R.-G. (I.) 21. Nov. 1880 und 8. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. III. S. 720 ff. und jur. Wochenschr. 1889 S. 61.

auch gegeben, wenn eine solche Handlung in Benachteiligungsabsicht vorgenommen wurde, dagegen sowohl die Zahlungseinstellung als die Konkurseröffnung ausgeblieben ist, weil sie durch Umstände verhindert wurden, welche vom Willen des Schuldners unabhängig waren. Der Thatbestand erfordert nur das äussere Zusammentreffen der zwei Thatsachen: einer in Benachteiligungsabsicht vorgenommenen Handlung der in § 209 bezeichneten Art und der Zahlungseinstellung oder der Konkurseröffnung. Darauf, ob der Schuldner beabsichtigt hatte, die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung durch jene Handlungen herbeizuführen, kommt es nicht an, da weder ursächlicher Zusammenhang zwischen beiden Thatsachen noch ein Verschulden hinsichtlich der letztern erforderlich ist. (Bem. I. 4 und II. 1 S. 584, 589.) Das Vorhandensein der Benachteiligungsabsicht lässt vielmehr immer darauf schliessen, dass der Schuldner sich den Eintritt der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung als in naher Aussicht stehend vor Augen stellte, und dass er gerade für den Fall des Eintrittes dieser Ereignisse handeln wollte. Beabsichtigt er auch nicht, dieselben erst herbeizuführen, so nimmt er sie doch in seine Berechnung mit auf; er will für den Fall der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung einen Zustand schaffen, der sich mit dem Thatbestande des betrüglichen Bankerutts deckt. Seine auf dieses Ziel gerichteten Handlungen enthalten hienach einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens.[1])

Rücktritt vom Versuche liegt bei vorausgegangener Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung vor, wenn der Schuldner die vollständige Ausführung der unternommenen Handlungen (Z. 1—4) aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände verhindert wurde, welche von seinem Willen unabhängig waren. Dagegen kann die Bestrafung nicht durch thätige Reue, d. h. durch Verhinderung der Benachteiligung, abgewendet werden, weil der benachteiligende Erfolg nicht zum Thatbestande gehört, es folglich unerheblich ist, ob dieser Erfolg eingetreten und wie er verhindert worden ist. War zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung der frühere Zustand dadurch wieder hergestellt, dass die beiseitegeschafften Sachen wieder zur Stelle geschafft, die verpflichtenden Erklärungen freiwillig und in rechtswirksamer Weise beseitigt worden sind, und ist derjenige Mangel der Buchführung, welcher die vollständige Vermögensübersicht hinderte, derart gehoben, dass jeder sachverständige Dritte aus den Büchern eine der wahren Sachlage entsprechende Vermögensübersicht gewinnen kann, so fehlt dagegen das Zusammentreffen der Thatbestandsmerkmale (Bankerutthandlung mit Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung). Es kann sonach Bestrafung nicht erfolgen. Wenn der frühere Zustand nicht wieder hergestellt werden konnte, so kann von Rücktritt oder thätiger Reue nicht die Rede sein. Insbesondere genügt es nicht, dass der Schuldner nach Vornahme der Bankerutthandlung sich mit Erfolg bemüht hat, die Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung abzuwenden. Rücktritt lässt sich hier nicht annehmen, weil Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung nicht als Teil der vorsätzlichen Thätigkeit des Schuldners in Betracht kommen, thätige Reue nicht, weil die beiden abgewendeten Ereignisse nicht als Erfolg der Bankerutthandlung in den Thatbestand aufgenommen worden sind. (Bem. I. 4 S. 584.)

III. Einfacher Bankerutt. (§ 210.)

1. Allgemeine Voraussetzungen.

Damit der Thatbestand des vollendeten einfachen Bankerutts vorliegt, wird ebenso wie bei dem betrüglichen Bankerutte vorausgesetzt, dass über das Vermögen des Beschuldigten der Konkurs eröffnet worden ist oder derselbe seine Zahlungen eingestellt hat. (Bem.

[1]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67 § 104 Nr. 8; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 412; Meyer, Lehrb. S. 739; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 820; Oppenhoff S. 718; Willenbücher S. 241 Nr. 7; R.-G. (I.) 9. Nov. 1885, Entsch. Bd. XIII. S. 41 ff. A. M. v. Liszt, Lehrb. S. 443 § 135 Nr. 3e; v. Schwarze S. 826 Nr. 22; v. Völderndorff Bd. III. S. 8.

II. 1 S. 588.) Dagegen ist es hier nicht erforderlich, dass derselbe die Absicht hatte, durch die von ihm vorgenommenen Handlungen seine Gläubiger zu benachteiligen. Daraus folgt jedoch nicht, dass die einzelnen in Z. 1—3 aufgeführten sogen. Bankerutthandlungen beim Zusammentreffen mit Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung auch dann den Thatbestand des einfachen Bankerutts erfüllen, wenn jene ohne Verschulden begangen sind.[1]) Die allgemeinen Grundsätze über Zurechnung,[2]) Zurechnungsfähigkeit und Berücksichtigung des Irrtumes (§ 59 St.-G.-B.) hätten auch dann zur Anwendung zu kommen, wenn die Bankerutthandlung weder eine vorsätzliche noch eine fahrlässige sein müsste. (Vorbem. III. 1.) Aber auch abgesehen von diesem Zugeständnisse, durch das der Satz, dass der einfache Bankerutt überhaupt kein Verschulden voraussetze, sehr erheblich abgeschwächt wird, lässt sich derselbe nicht aufrecht erhalten. Es giebt zwar Fälle, in welchen ohne Rücksicht auf das Verschulden des Thäters eine Strafe angedroht wird. Diese Fälle bilden aber eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze; es kann daher von dem Erfordernisse des Verschuldens nur abgesehen werden, soweit dies im Gesetze selbst ausdrücklich verfügt oder wenigstens mittelbar aus demselben erkennbar ist. Aus dem Gesetze lässt sich aber nur die darauf gerichtete Absicht entnehmen, dass Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung ihre Wirkung äussern, obgleich sie nicht durch ein Verschulden herbeigeführt worden sind. Dagegen muss in Ermangelung eines besondern Hinweises angenommen werden, dass die sogen. Bankerutthandlungen nur insoweit in Betracht kommen, als dieselben auf einem Verschulden beruhen. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Bankerutthandlungen. Auch die letztern sollen durch die Vorschrift des § 210 betroffen werden, obgleich dies nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist. Der Zweck des § 210 besteht sogar hauptsächlich darin, dass ausser den vorsätzlichen auch die leichtsinnigen Bankerutthandlungen bestraft werden sollen. Es giebt auch keinen allgemeinen Grundsatz, wonach die Fahrlässigkeit nur dann bestraft wird, wenn sie ausdrücklich bedroht ist; vielmehr kann die Ausdehnung des Thatbestandes auf fahrlässige Handlungen auch dem Grund und Zwecke des Gesetzes zu entnehmen sein.[3]) Ein schuldhaftes Verhalten muss aber unter allen Umständen gefordert werden. Das Reichsgericht geht denn auch in neuerer Zeit (seit dem Urteile der vereinigten Strafsenate vom 9. Jan. 1886) von der Auffassung aus, dass die sogen. Bankerutthandlung nur dann den Thatbestand erfülle, wenn sie eine schuldhafte sei. Weiter nimmt dasselbe aber an, dass eine schuldhafte Pflichtverletzung jeder Art genüge, nicht gerade Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen müsse.[4]) Eine dritte Art des Verschuldens ist jedoch nicht denkbar.

[1]) Die Theorie, dass auch die schuldlos begangene Bankerutthandlung den Thatbestand erfülle, vertreten im Anschlusse an die Rechtsprechung des frühern preussischen Obertribunals: Berner, Lehrb. S. 594 Nr. II.; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 824; Rüdorff-Stenglein S. 651 Nr. 1; v. Sarwey S. 879; v. Schwarze S. 827 Nr. 1; Wengler S. 706; Willenbücher S. 245 Nr. 3; v. Wilmowski S. 479 Nr. 2. Dieselbe Auffassung lag den ältern Entscheidungen des R.-G. (III.) 11. Jan., 28. Jan. und 1. Febr. 1882, 11. Juni 1883, Rechtspr. Bd. IV. S. 35 ff., 92 ff., Bd. V. S. 425, 426, Entsch. Bd. V. S. 407 ff, bes. S. 409, 410; (I.) 18. Febr. 1885, Entsch. Bd XIII. S. 354 ff., bes. S. 359 ff. zu Grunde.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 11. Jan. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 35 ff., bes. S. 36.

[3]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 126 Anm. 1; Hälschner, Strafr. Bd. I. S. 325 Text und Anm. 2; Kleinfeller, Reichsges. vom 5. April 1888 S. 86 (Gesetzgebg. d. D. Reichs Teil III. Bd. V. S. 196); v. Liszt, Lehrb. S. 175 § 40 Nr. III.; R.-G. (I.) 27. Mai 1881, Entsch. Bd. IV. S. 236; (III.) 4. Jan. 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 8, 9; (II.) 11. Mai 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 98 ff., bes. S. 100. A. M. Binding, Handb. d. Strafr. Bd. I. S. 310, 311 und anscheinend auch Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 389.

[4]) So besonders R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 87; wohl auch folgende Entscheidungen, die sich über die Art des Verschuldens nicht ausdrücklich äussern: (I.) 18. Febr. 1885, verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 359 ff., 242 ff.; (IV.) 4. Jan. 1887, Rechtspr. Bd. IX. S. 5; (II.) 25. Febr. 1887, Entsch. Bd. XV. S. 315. Andere Urteile heben nur hervor, dass sowohl Vorsatz als Fahrlässigkeit bedroht seien, ohne erkennen zu lassen, dass sie das

Meves verweist auf § 316 Abs. 2 des St.-G.-B., bezüglich dessen allgemein angenommen wird, dass er die „zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahnen und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen“ mit Strafe bedroht, sofern nur eine Vernachlässigung der Pflichten ihrerseits, und im ursächlichen Zusammenhange mit der pflichtwidrigen Thätigkeit oder Unterlassung die Gefährdung eines Transportes nachgewiesen ist, mag auch bezüglich dieses Erfolges weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit gegeben sein.[1]) Hier besteht das Verschulden allerdings nicht darin, dass der Thäter die Gefährdung vorausgesehen hat, oder doch hätte voraussehen müssen (bezw. können), sondern nur darin, dass er seine Pflichten vernachlässigt hat. Aber auch eine derartige Pflichtverletzung ist immer nur gegeben, wenn der Angestellte seine Verpflichtung vorsätzlich oder fahrlässig verletzt; es ist nur nicht erforderlich, dass der Thäter auch die Folgen der Pflichtverletzung wirklich erkannt hat oder hätte erkennen können. Auch eine Verletzung der aus § 210 abzuleitenden Rechtspflichten wird deshalb nur dann vorliegen, wenn der Angeklagte vorsätzlich oder in fahrlässiger Weise eine Bankerutthandlung vorgenommen hat. In Ansehung der Buchführung muss es genügen, dass der Kaufmann sich bewusst war, dass durch sein Verhalten eine Übersicht über die Vermögensverhältnisse unmöglich werde, oder wenn er aus Nachlässigkeit derartige Erwägungen unterliess. In keinem Falle ist die Rückkehr zu der Annahme des Formaldeliktes gerechtfertigt, welche, insbesondere soweit es sich um die Verantwortlichkeit für die Buchführung handelt, zu den grössten Härten und Ungerechtigkeiten führt.

Auch bei dem Thatbestande des einfachen Bankerutts ist es im allgemeinen gleichgültig, ob die einzelne Bankerutthandlung der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung vorausging oder nachfolgte, weil ursächlicher Zusammenhang zwischen jenem und diesem Thatbestandsmerkmale nicht erforderlich ist. (Bem. I. 4 S. 584.) Andernfalls könnte der Schuldner z. B. nach eingetretener Zahlungseinstellung straflos sein ganzes Vermögen vergeuden.[2]) Nur die Unterlassung der Führung von Handelsbüchern sowie der Bilanzziehung muss diesen Ereignissen vorausgegangen sein.

Beihilfe zum einfachen Bankerutt ist insoweit möglich, als die sogenannte Bankerutthandlung vorsätzlich begangen wird. Der Vorsatz des Gehilfen braucht sich ebensowenig wie der des Thäters auf die Herbeiführung der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zu erstrecken;[3]) demnach kommt auch für die Strafbarkeit des Gehilfen nichts darauf an, ob es zur Zeit der That schon gewiss war, dass letztere Ereignisse eintreten würden.[4])

2. Verbrauch oder Schuldigwerden übermässiger Summen durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel. (Z. 1.)

Durch die Vorschrift der Z. 1 sollen diejenigen Schuldner betroffen werden, welche übermässige Ausgaben gemacht und so ihre Gläubiger geschädigt haben. Auch hier wird

Verschulden auf diese beiden Formen beschränken: (II.) 1. Nov. 1887, Rechtspr. Bd. IX. S. 546, 547; (IV.) 1. Nov. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 277; (I.) 16. April 1888, (IV.) 13. Juli 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 298, 487. Zustimmend Meves im Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 390, 391; Oppenhoff S. 725 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. III. S. 27. Vgl. dagegen Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 444 Anm. 5; Meyer, Lehrb. S. 739 § 97 Anm. 35 und Rohland, Gefahr im Strafr. S. 33, welche nur vorsätzliche und fahrlässige Bankerutthandlungen anerkennen; ferner Binding, Normen Bd. II. S. 480 und v. Liszt, Lehrb. S. 444 § 136 Nr. I., welche immer Vorsatz fordern.

[1]) Vgl. Meves, Gerichtssaal Bd. 26 S. 245 und Arch. f. Strafr. a. a. O.; Olshausen S. 1206 Nr. 5; Oppenhoff S. 803 Nr. 5; Rüdorff-Stenglein S. 708 Nr. 2; v. Schwarze S. 893 Nr. 4.

[2]) Vgl. noch R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 221 ff.; Oppenhoff S. 726 Nr. 5; v. Schwarze S. 827 Nr. 2 und 3.

[3]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 3; R.-G. (IV.) 1. Nov. 1887 und 13. Juli 1888, Entsch. Bd. XVI. S. 277 ff., Rechtspr. Bd. X. S. 487 ff., Arch. f. Strafr. Bd. 36 S. 401, 402 u. jur. Wochenschr. 1888 S. 359.

[4]) Vgl. die in Anm. 3 angeführten Entscheidungen.

nicht vorausgesetzt, dass die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung durch diese Ausgaben verursacht worden ist. (Bem. I. 4.) Ob „übermässige“ Ausgaben gemacht wurden, ist eine Thatfrage, welche im einzelnen Falle mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Schuldners beantwortet werden muss.[1]) Es ist jedoch erforderlich, dass diese Ausgaben durch Aufwand, Spiel oder Differenzhandel veranlasst worden sind. Wurden durch unglückliche Spekulationen u. s. w. grössere Ausgaben erforderlich, so wird dadurch an sich der Thatbestand des § nicht hergestellt.[2]) Die missglückte Spekulation kann jedoch auch in einer Weise ins Werk gesetzt worden sein, dass der Begriff des Aufwandes zutrifft, z. B. wenn mit der Spekulation übermässige Ausgaben für Reklamezwecke, Ladenmiete verbunden waren. In derartigen Fällen treten zu der auf den reinen Zufall berechneten Spekulation und zu den durch ihren unglücklichen Ausfall entstandenen Verlusten andere Auslagen hinzu, welche selbständige Bedeutung haben und an sich nicht zum Wesen der Spekulation gehören.[3])

Als Aufwand sind nicht bloss die verschwenderische Ausgabe, sondern alle das Notwendige oder Übliche übersteigenden Aufwendungen anzusehen, ohne dass es auf die Neigungen und Triebfedern ankommt, welche den Aufwand veranlassten. Nicht bloss der durch Prunksucht, Genussucht, Unsittlichkeit u. s. w. hervorgerufene Aufwand erfüllt den Thatbestand, sondern unter anderem auch derjenige Verbrauch, welcher durch die Veruntreuung seitens mangelhaft beaufsichtigter Dienerschaft entstanden ist.[4]) Ein „Aufwand“, welcher unter die Vorschrift des § fällt, kann übrigens auch in übermässigen Ausgaben für an sich berechtigte Zwecke gefunden werden und braucht sich nicht notwendig in Ausgaben für rein persönliche Zwecke geäussert zu haben. Auch übermässige Ausgaben für geschäftliche Zwecke (z. B. Reisekosten, Bewirtung von Geschäftsfreunden, Drucksachen, Geschäftseinrichtungen) können die Strafbarkeit begründen.[5]) Weder der Aufwand noch der Verbrauch übermässiger Summen ist begrifflich durch fortgesetzt übermässige Ausgaben bedingt. Auch der einmalige übermässige Verbrauch bei einem Familienfeste (Hochzeit oder Gastmahl), bei einem Spiele oder einem einzelnen Differenzgeschäfte erfüllt vielmehr den Thatbestand.[6]) Ob die Ausgaben übermässige waren, ist auch hinsichtlich des Aufwandes nach den Vermögensverhältnissen des Schuldners zu beurteilen. Auf den Stand und die gesellschaftliche Stellung desselben darf nur in beschränkter Weise Rücksicht genommen werden.[7]) Massgebend ist das Verhältnis der als übermässig bezeichneten Ausgaben zu den Einnahmen, nicht das Verhältnis der einzelnen Ausgaben zur Gesamtausgabe.[8]) Jedoch ist es nicht

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 415; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 825; Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b, 727 Nr. 8; v. Schwarze S. 828 Nr. 6 a; v. Völderndorff Bd. III. S. 32; Wengler S. 707; R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 87; (IV.) 24. Juni 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 470 ff.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b; v. Schwarze S. 828 Nr. 6; R.-G. (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 383 ff.; (II.) 25. Febr. 1887, (III.) 2. Juli 1887, Entsch. Bd. XV. S. 312, Bd. XVI. S. 238 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 2. Juli 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 238 ff.

[4]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b; R.-G. (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 383; (II.) 25. Febr. 1887, Entsch. Bd. XV. S. 309 ff.

[5]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b; v. Schwarze S. 827 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. III. S. 30; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 4; R.-G. (I.) 5. Okt. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 90, 91; (IV.) 27. Mai 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 383 ff.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 5 a; R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 221 ff., bes. S. 224; (II.) 25. Febr. 1887 und 6. März 1888, Entsch. Bd. XV. S. 314, Rechtspr. Bd. X. S. 215 ff.

[7]) Vgl. Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b; v. Völderndorff Bd. III. S. 30; Willenbücher S. 246 Nr. 7; R.-G. (IV.) 24. Juni 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 470 ff.

[8]) Vgl. R.-G. (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 215 ff.; Oppenhoff S. 726 Nr. 5 b; Willenbücher S. 246 Nr. 7.

nötig, dass zu diesem Zwecke alle einzelnen als übermässig erscheinenden Ausgaben festgestellt werden.[1]) Da der übermässige Aufwand nur als Gefährdung der Gläubigerrechte in Betracht kommt, so ist der Thatbestand des § 210 nicht erfüllt, wenn die aufgewendeten Summen einem andern Vermögen als demjenigen des Schuldners entnommen worden sind, oder wenn die durch diesen Aufwand veranlassten Schulden ein anderes Vermögen belasten als das Vermögen dessen, der seine Zahlungen eingestellt hat oder in Konkurs geraten ist.[2])

Die Worte „mit Waren oder Börsenpapieren" sind auf das Wort „Spiel" nicht mitzubeziehen, durch welches das „Börsenspiel" nicht getroffen werden soll. Aus der Nebeneinanderstellung von Spiel und Differenzhandel ergiebt sich, dass Spekulationen nur aus dem letztern Gesichtspunkte in Betracht kommen sollen;[3]) dagegen wird die Wette als „Spiel" im Sinne des § 210 anzusehen sein.[4]) Jedes Spiel, auch das Hazardspiel oder gewöhnliche Karten- oder Würfelspiel fällt, wenn es übermässige Ausgaben veranlasst, unter die Vorschrift des Gesetzes. Auch wird vorausgesetzt, dass das Spiel Verluste mit sich führte. Ist dies nicht der Fall, oder hat der Schuldner sogar im Spiele mehr gewonnen als verloren, so sind durch dasselbe überhaupt keine, also auch keine übermässigen Ausgaben entstanden.

Was den Differenzhandel anbelangt, so gehört zum Begriffe desselben, dass es sich gar nicht oder nur scheinbar um einen wirklichen Kauf bezw. eine Lieferung, sondern in Wirklichkeit bloss um die Zahlung der sich am Verfalltage ergebenden Differenz handelte. Es genügt aber, dass vonseiten des Schuldners lediglich ein Differenzgeschäft beabsichtigt war. Die Strafbarkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Gegner ein ernstliches Lieferungsgeschäft beabsichtigte oder dass anfangs ein solches von beiden Seiten gewollt war. Wenn dasselbe später in einen Differenzhandel umgewandelt wurde, liegt die Sache vielmehr ebenso, als wenn ein solcher von vorneherein beabsichtigt gewesen wäre.[5]) Wenn die Papiere wirklich geliefert werden sollten und geliefert worden sind, so kommt nichts darauf an, ob sie lediglich zum Zwecke des Wiederverkaufes und der Spekulation angeschafft wurden. Von einem Differenzgeschäfte kann dann nicht die Rede sein.[6]) Eine Mehrzahl von Differenzgeschäften desselben Schuldners wird durch Prolongation nicht zu einer Einheit, denn jede Prolongation setzt einen neuen Entschluss darüber voraus, ob prolongiert oder abgeschlossen werden soll, und hiefür ist es gleichgültig, ob der Prolongationswille ausdrücklich erklärt oder vom Bankier aus der Unterlassung der auf Abschluss gerichteten Erklärung gefolgert wird. Der Ausgang jedes einzelnen Differenzgeschäftes muss für sich beurteilt werden. Das Thatbestandsmerkmal ist erfüllt, sobald der Schuldner bei einem Differenzgeschäfte übermässige Summen verloren hat bezw. schuldig geworden ist, mag auch der Gewinn aus den übrigen Differenzgeschäften den Verlust übersteigen. Die Gefährdung der Gläubigerrechte liegt schon im Abschlusse des Differenzgeschäftes und war jedenfalls in der vom Gesetze vorgesehenen Form verwirklicht, sobald die übermässige Summe verloren war; der Eintritt dieser Gefährdung kann durch nachträglichen Gewinn nicht mehr ungeschehen gemacht werden.[7])

[1]) Vgl. R.-G. (IV.) 24. Juni 1887, (II.) 6. März 1888, Rechtspr. Bd. VI. S. 470 ff., Bd. X. S. 215 ff.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 21. Juni 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 221 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 13. Dez. 1886, Entsch. Bd. XV. S. 277 ff. A. M. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 825; Oppenhoff S. 726 Nr. 6; v. Sarwey S. 879 Nr. 4; v. Schwarze S. 827 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. III. S. 31; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 5; v. Wilmowski S. 478 Nr. 3.

[4]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 30.

[5]) Vgl. Oppenhoff S. 726, 727 Nr. 7; Rüdorff-Stenglein S. 651, 652 Nr. 2; v. Schwarze S. 827, 828 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. III. S. 31 ff.; Wengler S. 707; Willenbücher S. 246 Nr. 6; R.-G. (II.) 31. März 1880, Entsch. Bd. I. S. 282 ff.; (III.) 10. April 1880, 25. Mai 1882, 13. Dez. 1886, Rechtspr. Bd. I. S. 563 ff., Bd. IV. S. 516 ff., Bd. VIII. S. 767. A. M. v. Liszt, Lehrb. S. 444 § 136 Nr. I. 1, der annimmt, dass auch reelle Lieferungsgeschäfte hierher gehören können.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 727 Nr. 7; R.-G. (III.) 25. Mai 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 516.

[7]) Vgl. R.-G. (III.) 5. April 1886, Entsch. Bd. XIV. S. 83 ff.

3. *Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften über die Führung von Handelsbüchern.* (Z. 2.)

Bezüglich der Vorschrift in Z. 2 ist auf die Bem. II. 4 und II. 5 S. 592 ff. zu verweisen, da deren Bestimmungen im allgemeinen den Vorschriften in § 209 Z. 3 und 4 entsprechen. Es wird jedoch hier, auch wenn es sich um die Vernichtung, Veränderung u. s. w. eines Handelsbuches handelt, vorausgesetzt, dass der Schuldner zur Führung desselben gesetzlich verpflichtet war. Dies ergiebt sich deutlich aus der Fassung: „Handelsbücher, deren Führung ihnen gesetzlich oblag oder dieselben“ u. s. w.[1]) Das Bewusstsein von der Kaufmannseigenschaft und den Pflichten eines Vollkaufmannes ist nicht erforderlich, weil schon fahrlässige Verletzung der kaufmännischen Pflichten genügt und der Vorwurf der Fahrlässigkeit auch denjenigen Kaufmann trifft, der sich seine Pflichten nicht zum Bewusstsein bringt. Die persönliche auf Unkenntnis der Buchführung beruhende Unfähigkeit entschuldigt ebensowenig wie die Unkenntnis der Verpflichtung.[2]) Diese Unfähigkeit verpflichtet vielmehr ebenso wie die auf andern Gründen, z. B. lange dauernder Krankheit, beruhende Unfähigkeit zur Aufstellung eines sachkundigen Buchhalters.[3]) Deshalb wird das Verschulden des Kaufmannes auch dadurch nicht aufgehoben, dass der Buchhalter seinerseits unfähig ist oder seine Pflichten nicht erfüllt; der Kaufmann ist zur Beaufsichtigung des Buchhalters verpflichtet.[4]) Nur wenn der Kaufmann bei der Auswahl die nötige Sorgfalt angewendet hat und an der Beaufsichtigung durch unabwendbare Zufälle, z. B. Krankheit, verhindert ist, kann ihm ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden.

Da jeder persönlich haftende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft zur Buchführung verpflichtet ist, sofern er nicht durch Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde (Bem. II. 4 S. 594), ist auch ein solcher Gesellschafter nicht dadurch entschuldigt, dass er die Buchführung einem andern Gesellschafter überlässt.[5]) Der Austritt aus der Gesellschaft befreit den persönlich haftenden Gesellschafter von der Strafe nur hinsichtlich derjenigen Unterlassungen und Mängel in der Buchführung, welche nach seinem Ausscheiden eintreten.[6]) Dagegen bleibt er für die vor seinem Austritte vorgekommenen Unregelmässigkeiten strafrechtlich verhaftet, sofern festgestellt wird, dass die nach seinem Austritte erfolgte Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung nur eine Folge der zur Zeit seiner Teilhaberschaft schon vorhandenen Überschuldung gewesen ist; andernfalls mangelt die für den Thatbestand erforderliche zeitliche Beziehung der beiden Thatbestandsmerkmale. (Bem. I. 4.)[7]) Ist der Gesellschafter durch Vorspiegelung falscher Thatsachen seitens eines andern Gesellschafters ausserstande gesetzt worden, die Mängel der Buchführung zu erkennen, so entschuldigt ihn thatsächlicher Irrtum gemäss § 59 St.-G.-B.[8])

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 416; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 825; Oppenhoff S. 727 Nr. 11; v. Schwarze S. 828, 829 Nr. 8; v. Wilmowski S. 480 Nr. 4.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Sarwey S. 880 Nr. 7; v. Schwarze S. 828 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. III. S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 7. Jan. und 17. Nov. 1880, 17. Sept. 1881, 11. Jan. 1882, Entsch. Bd. I. S. 49, Rechtspr. Bd. II. S. 525, Entsch. Bd. IV. S. 420, Rechtspr. Bd. IV. S. 37.

[3]) Vgl. Oppenhoff u. v. Schwarze a. a. O.; v. Völderndorff Bd. III. S. 35; R.-G. (II.) 11. Dez. 1885, 18. Jan. 1889, Rechtspr. Bd. VII. S. 730 ff., jur. Wochenschr. 1889 S. 102.

[4]) Vgl. Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Sarwey S. 880 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. III. S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 17. Sept. 1881 und verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. IV. S. 421, Bd. XIII. S. 241.

[5]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 34; Wengler S. 708; R.-G. (III.) 7. Jan. 1880, Entsch. Bd. I. S. 49.

[6]) Vgl. R.-G. (I.) 25. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 309 ff.

[7]) Vgl. R.-G. (III.) 21. April 1880, Rechtspr. Bd. I. S. 628 ff., Arch. f. Strafr. Bd. 28 S. 446.

[8]) Vgl. Oppenhoff S. 728 Nr. 14; v. Schwarze S. 828 Nr. 8; R.-G. (III.) 7. Jan. 1880, Entsch. Bd. I. S. 49.

Hinsichtlich der Art der zu führenden Bücher gilt dasselbe wie bei § 209 (Bem. II. 4 S. 595); nicht massgebend ist der Handelsgebrauch, weil dieser das Gesetz nicht ändern kann.[1]) Der Thatbestand setzt voraus, dass entweder überhaupt keine Bücher geführt worden sind, oder dass die geführten und vorhandenen Handelsbücher die vollständige Vermögensübersicht nicht gewähren. Die fehlerhafte Buchführung ist nur dann geeignet, den Thatbestand zu erfüllen, wenn der Mangel vollständiger Vermögensübersicht zur Zeit der Konkurseröffnung oder Zahlungseinstellung noch fortdauert. Unter dieser Voraussetzung ist es aber unerheblich, ob sich die Buchführung nachträglich gebessert hat und zur fraglichen Zeit eine tadellose ist.[2])

Die Unterlassung der Führung eines einzelnen Handelsbuches begründet nur dann die Strafbarkeit, wenn dadurch die übrige Buchführung so mangelhaft wird, dass die Vermögensübersicht fehlt.[3]) Dies trifft auch für das Briefkopierbuch zu, obgleich Art. 28 H.-G.-B. dessen Führung unbedingt vorgeschrieben hat. Die gegenteilige Auffassung ist unverträglich mit dem Wortlaute und mit dem Zwecke des Gesetzes, durch welches der Gefährdung der Gläubigerrechte entgegengetreten werden soll. Wenn die vorhandenen Handelsbücher die vollständige Vermögensübersicht gewähren, obgleich ein einzelnes Buch fehlt, so sind die Gläubiger nicht durch mangelhafte Buchführung gefährdet.[4]) Folgerichtig kann auch die Vernichtung eines einzelnen Handelsbuches nur bestraft werden, falls die übrigen Bücher die Vermögensübersicht nicht gewähren.[5]) Vernichtung eines Handelsbuches liegt nur vor, wenn dasselbe untergegangen ist, oder wenn seine Einträge unkenntlich gemacht worden sind. (Bem. II. 5 S. 596.) Wurde vor der Vernichtung eine wortgetreue Abschrift genommen, so ist das Handelsbuch inhaltlich erhalten. Auch kann unter Umständen die Übereinstimmung der Abschrift mit dem vernichteten Buche nachgewiesen werden. Immerhin kann aber die Vermögensübersicht nicht durch die Bücher selbst gewährt werden. Das Vorhandensein einer Abschrift schliesst deshalb die Anwendung des § 210 nicht aus. Auch wenn ein Handelsmann in die Lage kommt, von einem Handelsbuche eine Abschrift anfertigen zu müssen, weil es ohne sein Verschulden in einzelnen Teilen unleserlich geworden ist oder zu werden drohte, darf er hienach dieses Buch nicht vernichten, sondern muss dasselbe aufbewahren.[6])

4. *Unterlassung der Bilanzziehung.* (Z. 3.)

Unter der Bilanz, welche von jedem Vollkaufmanne jährlich angefertigt werden muss, ist derjenige Abschluss zu verstehen, welcher das Verhältnis des Aktivvermögens zu den vorhandenen Schulden erkennen lässt. (Art. 29 H.-G.-B.) Dieselbe muss sich sonach auf die ganze Vermögenslage erstrecken und wie alle Bestandteile des Aktivvermögens so auch alle Schulden, einschliesslich der Privatschulden, umfassen. Damit den Anforderungen des Gesetzes genügt ist, muss die Bilanz in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise (Art. 29 ff. H.-G.-B.) angefertigt worden sein. Ist dieselbe an sich richtig auf Grund der Bücher gezogen und

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 16. April 1888, Entsch. Bd. XVII. S. 301.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 728 Nr. 12; R.-G. (I.) 21. Nov. 1831 und 8. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. III. S. 720 ff., jur. Wochenschr. 1889 S. 61. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 37 a. A., welcher den Thatbestand als erfüllt ansieht, auch wenn zur Zeit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung die Vermögensübersicht zu gewinnen ist.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 36; R.-G. (IV.) 3. Okt. 1884, (III.) 16. Okt. 1884, Entsch. Bd. XI. S. 142 ff., 161 ff.; (II.) 23. Okt. 1888, Rechtspr. Bd. X. S. 585, jur. Wochenschr. 1888 S. 454.

[4]) Vgl. die Entsch. in voriger Anm. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 36.

[5]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 3; pr. Obertrib. (I.) 10. Mai 1872, Arch. f. Strafr. Bd. 13 S. 298.

[6]) Vgl. R.-G. (II.) 6. Dez. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 426 ff.; Oppenhoff S. 729 Nr. 15; v. Schwarze S. 829 Anm. 1.

nur deshalb unrichtig, weil diese nicht ordentlich geführt worden sind, so kann jedoch nur auf Grund unordentlicher Buchführung (Z. 2), nicht auf Grund der Z. 3 gestraft werden.[1])

Die Bilanz muss erkennen lassen, auf welches Handelsgeschäft sie sich bezieht; zu diesem Zwecke schreibt Art. 30 H.-G.-B. die Unterschrift vor. Die Unterlassung der Unterschrift kann bewirken, dass diese Beziehung nicht erkennbar ist. In diesem Falle hat die vorhandene Bilanz nicht die Bedeutung, welche ihr als Mittel der Vermögensübersicht zukommt, denn die Übersicht soll auch dritten Personen gewährt sein, und diese müssen deshalb wissen, auf welches Geschäft sich eine bestimmte Bilanz bezieht. Insofern kann die Unterlassung der Unterschrift sich als vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Pflicht zur Bilanzziehung darstellen. Wenn dagegen die nicht unterschriebene Bilanz in anderer Weise, z. B. durch Überschrift, die Beziehung auf das Vermögen des Schuldners erkennen lässt, so macht der Mangel der Unterschrift die Bilanz nicht wertlos, begründet daher auch nicht die Strafbarkeit.[2])

Die Bilanz muss auch dann alljährlich gezogen werden, wenn (nach Art. 29 H.-G.-B.) ein Inventar nur alle zwei Jahre aufgenommen zu werden braucht. In dem Jahre, in welchem ein Inventar nicht errichtet wird, ist der Bestand des Warenlagers unter Zugrundelegung der letzten Inventur nach einer allgemeinen Schätzung in die Bilanz aufzunehmen.[3]) Das Jahr, für welches die Bilanz gezogen werden muss, ist nicht das Kalenderjahr, sondern das mit Eröffnung des Geschäftes beginnende Betriebsjahr. Es muss hienach die Bilanz spätestens am Schlusse desjenigen Geschäftsjahres gezogen werden, das mit dem Datum der frühern Bilanz begonnen hat. Der Kaufmann ist jedoch berechtigt, die Bilanz (sogen. Zwischenbilanz) früher zu ziehen, und dadurch den Beginn des Geschäftsjahres in eine frühere Zeit zu verlegen.[4]) Hat ein Kaufmann in einem Jahre die Bilanz zu spät gezogen, so wird dadurch nicht entschuldigt, dass er dieselbe nun im nächsten Jahre ebenfalls zu spät zieht. Nicht das Datum der frühern Bilanz, sondern der Abschluss des Geschäftsjahres ist bezüglich der Frage der Rechtzeitigkeit entscheidend.[5]) Der Richter kann jedoch eine kleine Nachfrist in Anrechnung bringen; denn dadurch, dass die Bilanz nur wenige Tage nach Abschluss des Geschäftsjahres gefertigt wurde, ist der Zweck des Art. 29 H.-G.-B. noch nicht vereitelt.[6])

Dass die Bilanz vor Ablauf des Geschäftsjahres begonnen worden ist, genügt nicht; vielmehr steht die Nichtvollendung der Bilanz ebenso wie der verspätete Beginn der Bi-

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 416; Oppenhoff S. 729 Nr. 16 u. 16a; v. Schwarze S. 829 Anm. 8; v. Völderndorff Bd. III. S. 38 Anm. 44; Willenbücher S. 247 Nr. 8g; R.-G. (III.) 17. Nov. 1880, 21. Juni 1882, (I.) 9. März 1885 u. 10. Jan. 1887, (II.) 28. Dez. 1888, Rechtspr. Bd. II. S. 523 ff., bes. S. 526 ff.; Bd. IV. S. 594, 595, Bd. VII. S. 156 ff., bes. S. 160, Entsch. Bd. XV. S. 174 ff., jur. Wochenschr. 1889 S. 103.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 729 Nr. 16a; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; Willenbücher S. 247 Nr. 8f; v. Wilmowski S. 480 Nr. 5; R.-G. (III.) 30. Okt. 1880, (I.) 5. Okt. 1882, verein. Strafsen. 20. Juni 1883, Rechtspr. Bd. II. S. 418 ff., Entsch. Bd. VII. S. 87, Bd. VIII. S. 425 ff. A. M. R.-G. (II.) 14. Juni 1881, Rechtspr. Bd. III. S. 403 ff., jur. Wochenschr. 1881 S. 167.

[3]) Vgl. R.-G. (II.) 13. Febr. 1880, (III.) 13. März u. 5. Juni 1880, (II.) 27. April 1880, (III.) 21. Juni 1882, Rechtspr. Bd. I. S. 354 ff., 467 ff., Bd II. S. 32, 33, Entsch. Bd. I. S. 422, 423, Rechtspr. Bd. IV. S. 592 ff.; Oppenhoff S. 729 Nr. 17, S. 730 Nr. 20; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; v. Schwarze S. 829 Anm. 5; v. Sarwey S. 881 Nr. 9; Wengler S. 709; Willenbücher S. 247 Nr. 9c.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 2. Dez. 1879, 13. Febr. 1880, Rechtspr. Bd. I. S. 129 ff., 355; (III.) 28. April u. 30. Okt. 1880, Entsch. Bd. II. S. 30 ff., Rechtspr. Bd. II. S. 417 u. jur. Wochenschr. 1881 S. 13; (III.) 21. Juni 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 592 ff.; (IV.) 27. Sept. 1887, Arch. f. Strafr. Bd. 35 S. 312, 313; (II.) 15. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 103; Oppenhoff S. 729 Nr. 17; v. Schwarze S. 829 Anm. 2 u. 5; v. Völderndorff Bd. III. S. 38 Anm. 46; v. Wilmowski S. 480 Nr. 5.

[5]) Vgl. preuss. Obertrib. 25. April 1872, Oppenhoff, Rechtspr. Bd. 13 S. 273 ff.; Oppenhoff, Str.-G.-B. S. 730 Nr. 19; Rüdorff-Stenglein S. 652 Nr. 4; v. Wilmowski a. a. O.

[6]) Vgl. Willenbücher S. 247 Nr. 8e; R.-G. (II.) 15. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 103.

lanzziehung der vollständigen Unterlassung derselben gleich.[1]) Durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters wird der Lauf der Jahresfrist für die Anfertigung der Bilanz nicht unterbrochen, wenn dadurch nicht zugleich das Verhältnis zu den Gläubigern verändert wird.[2]) Ein Rechtsirrtum bezüglich der Verpflichtung zur Anfertigung der Bilanz entschuldigt nicht. Ebensowenig kann der Nachweis einer angeblichen Unmöglichkeit derselben oder eines entgegenstehenden Gebrauches von der verwirkten Strafe befreien. (Bem. III. 3 S. 605.) Das Unterlassen des Bilanzziehens während mehrerer Jahre begründet nur ein Vergehen. (Bem. I. 5 S. 585 ff.)[3])

§ 211.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

(E. § 211; M. S. 461; K. S. 126; pr. K.-O. §§ 308, 340.)

1. Der objektive Thatbestand.

Der § 211 entspricht im wesentlichen den §§ 308 und 340 der preussischen Konkursordnung und betrifft gleich diesen das strafbare Verhalten des Schuldners gegen einzelne seiner Gläubiger im Verhältnisse zu den übrigen. Die Fassung wurde der des § 23 Z. 2 der Konkursordnung angepasst. Vorausgesetzt wird Gewährung einer Sicherung oder Befriedigung (Bem. II. 3 zu § 23 S. 116 ff.), welche der Begünstigte nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte. (Bem. III. 1 zu § 23 S. 119 ff.) Die nicht zu beanspruchende Sicherung kann in Ansehung des in § 211 vorgesehenen Thatbestandes auch in der Verschaffung einer Hypothek oder eines vollstreckbaren Titels bestehen, sei es, dass diese durch Anerkenntnis einer noch nicht fälligen Forderung vor Notar oder Schiedsmann nebst Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung,[4]) sei es, dass sie durch verabredeten Scheinprozess gewährt wird.[5]) Lässt sich der Schuldner, in der Überzeugung, rechtlich verpflichtet zu sein, im gewöhnlichen Verfahren verurteilen und pfänden, so liegt in seinem Verhalten kein „Gewähren", weil er vollständig unthätig bleibt und durch blosse Unthätigkeit eine strafbare Handlung nicht verübt werden kann.[6]) Die Gewährung einer Sicherheit erfüllt den Thatbestand auch bei Fälligkeit der Forderung, denn die Fälligkeit giebt an sich nur einen Anspruch auf Befriedigung, nicht einen solchen auf Sicherstellung.[7])

1) Vgl. Oppenhoff S. 729 Nr. 17.

2) Vgl. Oppenhoff S. 729 Nr. 18.

3) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 653 Nr. 5; v. Schwarze S. 829 Nr. 9. A. M. Oppenhoff S. 730 Nr. 21.

4) Vgl. Oppenhoff S. 732 Nr. 9; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 3; v. Schwarze S. 830 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. III. S. 40 Anm. 2; Willenbücher S. 248 Nr. 6a; v. Wilmowski S. 481; R.-G. (II.) 8. April u. 1. Nov. 1881, Entsch. Bd. IV. S. 61 ff., Bd. V. S. 116 ff.; (I.) 7. Mai 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 221.

5) Vgl. R.-G. (III.) 27. Febr. 1888, Entsch. Bd. XVII. S. 220 ff.

6) Vgl. R.-G. (III.) 27. Febr. 1888 a. a. O.

7) Vgl. R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 191 ff., bes. S. 195; (III.) 28. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 229.

Da § 211 schon die Gefährdung der Gläubiger bedroht, ist es unerheblich, ob der Begünstigte infolge der Sicherung wirklich etwas aus der Masse erhalten hat bezw. ob das Erhaltene zurückgewährt worden ist.[1]) Eine Befriedigung, welche der Gläubiger nicht in der Art zu beanspruchen hat, ist insbesondere in der Hingabe an Zahlungsstatt enthalten.[2]) Wenn die Befriedigung einer fälligen Forderung in einer Weise erfolgt, auf welche der Gläubiger Anspruch hat, so ist der Thatbestand selbst dann nicht erfüllt, wenn dadurch andere Gläubiger um die Befriedigung gebracht worden sind. Das Gesetz verlangt neben der Benachteiligung auch die Begünstigungsabsicht. Eine solche kann aber bei dem Schuldner nicht angenommen werden, der seinem Gläubiger nur dasjenige geleistet hat, was dieser zu fordern hatte.[3]) Die Sicherung oder Befriedigung muss aus demjenigen Vermögen geleistet worden sein, das nach § 1 zur Konkursmasse gehört, weil sonst eine Gefährdung der übrigen Gläubiger nicht vorliegt.[4]) Es kommt jedoch nicht darauf an, ob auf Grund des Verhaltens des Schuldners die Anfechtung wirklich erfolgen kann.[5]) Hat der Schuldner unter den im § aufgestellten Voraussetzungen, obgleich er seine Zahlungsunfähigkeit kannte, einem Gläubiger Sicherheit oder Befriedigung gewährt, so kann er auch dann bestraft werden, wenn die Handlung früher als zehn Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage vorgenommen wurde, die Voraussetzungen der Anfechtung also nicht vorliegen. Die Thatsache, dass die Handlung innerhalb der zehntägigen Frist erfolgte, kann aber einen Grund für die Annahme bilden, dass der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kannte.[6]) Andererseits bedarf es hier einer ausdrücklichen Feststellung der Absicht, einen Gläubiger vor den übrigen zu begünstigen, während dies nach § 23 Abs. 2 zur Begründung der Anfechtung nicht erforderlich ist. (Bem. III. 1 zu § 23 S. 118.) Dass diese Absicht erreicht wurde und der Gläubiger mehr erlangt hat, als er aus der Konkursmasse erhalten haben würde, ist nicht erforderlich.[7]) Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung gehören hier ebenso zu den Thatbestandsmerkmalen wie bei den §§ 209 und 210. (Bem. I. 3 zu §§ 209 ff. S. 583.)[8]) Folglich gilt für die Verjährung hier dasselbe wie dort. (Bem. I. 3 zu §§ 209 ff. S. 584.) Der Versuch ist nicht strafbar. (§ 43 Abs. 2 St.-G.-B.)

2. *Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und Begünstigungsabsicht (subjektiver Thatbestand).*

Subjekt des Deliktes können als Thäter nur Schuldner sein, welche ihre Zahlungsunfähigkeit kennen. Die Feststellung, dass der Schuldner zur Zeit der That seine Zahlungsunfähigkeit kennen musste, d. h. bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte kennen müssen, genügt nicht. Vielmehr muss festgestellt werden, dass er sie wirklich gekannt hat. Nur wenn die Feststellung, dass der Schuldner die Zahlungseinstellung (notwendig) kennen musste, diesen Sinn hat, erscheint sie als ausreichend.[9]) Diese Kenntnis ist zwar immer mit der Kenntnis

[1]) Vgl. Oppenhoff S. 731 Nr. 7; v. Völderndorff Bd. III. S. 40; Willenbücher S. 247 Nr. 3, S. 248 Nr. 6d; R.-G. (III.) 25. Okt. 1879, Rechtspr. Bd. I. S. 18 ff. A. M. R.-G. (II.) 9. Dez. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 61 Nr. 14.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 31. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 149 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 7. Juni 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 541 ff. Vgl. dag. R.-G. (III.) 18. Juni 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 449, jur. Wochenschr. 1883 S. 221.

[4]) Vgl. R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. VIII. S. 91 ff., bes. S. 94, 95.

[5]) Vgl. R.-G. (III.) 11. Dez. 1880, Rechtspr. Bd. II. S. 626 ff.; vgl. die in Anm. 1 genannten Schriftsteller.

[6]) Vgl. Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 3; v. Sarwey S. 882; v. Völderndorff Bd. III. S. 42; Willenbücher S. 248 Nr. 4; v. Wilmowski S. 481; R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 191 ff.

[7]) Vgl. R.-G. (III.) 8. Juli 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 397 Nr. 5.

[8]) Vgl. Stieglitz S. 714; Wengler S. 710. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 42 Anm. 11.

[9]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; v. Schwarze S. 830 Nr. 2; Willenbücher S. 248 Nr. 4; R.-G. (II.) 11. Jan. 1881, Entsch. Bd. III. S. 191 ff.

der Zahlungseinstellung gegeben. Die letztere wird aber nicht vorausgesetzt. Die Zahlungseinstellung ist nur eine der Formen, in welcher die Zahlungsunfähigkeit zutage tritt. (Bem. I. 3 zu § 23 S. 110.) Die Handlung kann daher zeitlich nur nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit, aber sowohl vor als nach der Zahlungseinstellung vorgenommen werden; jedoch wird im letztern Falle die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht bezweifelt werden können, sofern sich der Schuldner der Zahlungseinstellung bewusst ist.[1]) Da Zahlungsunfähigkeit nicht dasselbe ist wie Überschuldung, sondern auch vorliegen kann, wenn der Wert der Aktivmasse den Betrag der Schulden übersteigt (Bem. II. 1 zu § 94 S. 366), so kann die Bestrafung erfolgen, obgleich der Schuldner zur Zeit der Begünstigung nicht überschuldet war. Es genügt, dass später Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung eintrat.[2])

Die Begünstigungsabsicht bedeutet hier den Vorsatz, einen Gläubiger vor andern zu begünstigen. Motiv und Zweck der Begünstigung ist gleichgültig für die Gefährdung der Gläubiger. Es genügt daher die Feststellung, dass der Schuldner das Bewusstsein hatte, durch die Sicherung oder Befriedigung werde ein bestimmter Gläubiger in ungerechtfertigter Weise vor andern begünstigt. Darin liegt die Feststellung, dass sein Wille auf die Begünstigung gerichtet war.[3]) Diese Absicht kann auf seite des Schuldners auch dann festgestellt werden, wenn derselbe von dem Gläubiger durch Drohungen oder durch Erregung eines Irrtumes zu der begünstigenden Rechtshandlung bestimmt worden war, sofern nur der Irrtum sich nicht auf ein Thatbestandsmerkmal bezog.[4])

Das Bewusstsein von dem Eintritte der Begünstigung setzt zunächst das Bewusstsein voraus, dass die andern Gläubiger benachteiligt werden.[5]) Weiter ist aber erforderlich, dass diese Benachteiligung eine ungerechtfertigte war. Wenn ein Schuldner lediglich einen Gläubiger in Ansehung seiner fälligen Forderung befriedigt, genügt hienach die Kenntnis des Umstandes, dass für die übrigen Gläubiger nichts übrig bleibt, an sich nicht, um die Anwendung des § 211 zu rechtfertigen.[6]) Jenes Bewusstsein kann der Schuldner nicht haben, wenn er lediglich einem Gläubiger einen Bürgen stellt. Dadurch kann eine Schädigung der übrigen Gläubiger selbst dann nicht herbeigeführt werden, wenn der Bürge seine Rückgriffsforderung im Konkursverfahren anmeldet, weil er nicht neben dem Gläubiger befriedigt wird, sondern nur bekommt, was sonst der Gläubiger selbst erhalten hätte. (Bem. 4 zu § 60 S. 295.)[7]) Ungenügend ist auch die Feststellung des Bewusstseins, dass der Gläubiger

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 421 § 124; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. IV. S. 453; Meyer, Lehrb. S. 741; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; Stieglitz S. 714; v. Völderndorff Bd. III. S. 41; Willenbücher S. 249 Nr. 7.; R.-G. (II.) 8. April 1881, Entsch. Bd. IV. S. 62 ff., bes. S. 67.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 730 Nr. 4; v. Sarwey S. 883 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. III. S. 41 Anm. 5; Willenbücher S. 248 Nr. 5; R.-G. (III.) 18. Juni 1883, 28. März 1889, Rechtspr. Bd. V. S. 449, jur. Wochenschr. 1883 S. 221, 1889 S. 229.

[3]) Vgl. Oppenhoff S. 730 Nr. 5; Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; Stieglitz S. 714; R.-G. (III.) 25. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 205, 206; (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 142 ff.; (I.) 2. Jan. 1883, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. VIII. S. 61; (III.) 6. Nov. 1884, 27. Febr. u. 19. Nov. 1888, Rechtspr. Bd. VI. S. 708, Entsch. Bd. XVII. S. 223, jur. Wochenschr. 1889 S. 61; im Ergebnisse auch (I.) 13. Febr. 1882, Rechtspr. Bd. IV. S. 162. A. M. v. Schwarze S. 830 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. III. S. 41 Anm. 6; Willenbücher S. 247 Nr. 3.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 18. Juni 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 350.

[5]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 595; Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 422; v. Liszt, Lehrb. S. 445 § 137 Nr. I.; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. IV. S. 453; Oppenhoff S. 730 Nr. 5; v. Schwarze S. 830 Nr. 3; Wengler S. 710; v. Wilmowski S. 481; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 142 ff. Schwankend R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 94 ff.; (III.) 12. Juli 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 518 ff., bes. S. 519.

[6]) Vgl. R.-G. (III.) 19. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 61; ferner R.-G. (II. Civilsen.) 1. Febr. 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Jahrg. 1889 S. 289 ff.

[7]) Vgl. dagegen R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. VIII. S. 93.

die Sicherstellung bezw. Befriedigung nicht oder nicht zu der Zeit oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte, weil mit einer solchen Rechtshandlung nicht notwendig die Benachteiligung anderer Gläubiger verbunden zu sein braucht. Dem Schuldner steht vielmehr der Beweis offen, dass sein Vermögen zur Befriedigung der übrigen Gläubiger ausreichte.[1]) Ob dem Begünstigten eine unbedingte oder nur eine bedingte Forderung zustand, erscheint als gleichgültig.[2]) Ebenso ist es unerheblich, dass die benachteiligten Gläubiger nur bedingt berechtigt sind. Es ist nicht einmal notwendig, dass gerade Konkursgläubiger benachteiligt worden sind. Die Konkursordnung begreift auch an andern Stellen unter Gläubigern die Absonderungsberechtigten mit. (§§ 40, 41, 45, 57, 110.) Die Beschränkung des Begriffes „Gläubiger“ auf Konkursgläubiger in § 211 würde übrigens, da der Begriff in demselben § nicht in verschiedenem Sinne aufgefasst werden kann, dazu führen, dass auch der Begünstigte ein Konkursgläubiger sein müsste, folglich die Begünstigung eines blossen Absonderungsberechtigten straflos bliebe. Der Thatbestand ist hienach erfüllt, wenn der Schuldner in Begünstigungsabsicht einem persönlichen Gläubiger durch den Erlös aus der Veräusserung eines Gutsinventars, welches den blossen Realgläubigern verhaftet ist, Befriedigung verschafft.[3]) Eine Leistung an einen Nichtgläubiger kann nur die Anwendung des § 209 rechtfertigen. Auf die Zahl der benachteiligten Gläubiger kommt nichts an. Es genügt vielmehr, dass die Befriedigung nur einem einzelnen Gläubiger nachteilig ist.[4]) Daraus, dass das Vergehen nur vorsätzlich begangen werden kann, folgt, dass der Thäter auch das Bewusstsein von dem Vorliegen aller objektiven Thatbestandsmerkmale haben muss, der Irrtum somit gemäss § 59 zu berücksichtigen ist.[5])

3. Teilnahme.

Als Thäter kann das Vergehen nur der zahlungsunfähige Schuldner begehen; der Erbe eines solchen kann nur dann als Thäter in Betracht kommen, wenn er selbst zahlungsunfähig wurde. Ist über den Nachlass das Konkursverfahren eröffnet worden und hat der Erbe nachträglich die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so ist zwar über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden, aber dieses Verfahren berührt seine Zahlungsfähigkeit nicht, weil er hinsichtlich der Erbschaftsschulden nur mit der Masse haftet. Die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers aber kann nicht auf den Erben übergehen, wenigstens kann er sich derselben nicht bewusst werden, da an seiner Stelle der Verwalter zu zahlen hat.[6])

Der Gläubiger, welcher eine ihm nicht zukommende Befriedigung oder Sicherstellung annimmt, obgleich er von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntnis hatte, wird in der Konkursordnung nicht mit Strafe bedroht und kann um der blossen Annahme willen nicht als Teilnehmer an der strafbaren Handlung des Schuldners bestraft werden.[7])

[1]) Vgl. Oppenhoff S. 731, 732 Nr. 8a; Willenbücher S. 248 Nr. 3; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 42 ff.; (III.) 8. Nov. 1884, Rechtspr. Bd. VI. S. 708 ff.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 14. Dez. 1886, Entsch. Bd. XV. S. 90 ff.; Oppenhoff S. 731 Nr. 8.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 24. Nov. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 402 ff. A. M. Oppenhoff S. 731 Nr. 6, unter Berufung auf eine Entscheidung in Rechtspr. Bd. II. S. 626 ff., die aber nicht von blossen Realgläubigern spricht.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 14. Okt. 1886, Rechtspr. Bd. VIII. S. 617; (II.) 9. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 61.

[5]) Vgl. R.-G. (III.) 8. Febr. 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 90 ff.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 732 Nr. 11.

[7]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; v. Kries, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. VII. S. 548; v. Liszt, Lehrb. S. 446 § 137 Nr. I.; Meyer, Lehrb. S. 742; Oppenhoff S. 732 Nr. 12; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 2; v. Schwarze S. 830 Nr. 5; v. Sarwey S. 883 Nr. 2; v. Völderndorff Bd. III. S. 42 ff.; Willenbücher S. 249 Nr. 7; v. Wilmowski S. 481; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 561 ff.; R.-G. (II.) 12. Dez. 1880, 10. Jan. u. 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. II. S. 439 ff., Rechtspr. Bd. IV.

Die preussische Konkursordnung hatte in den §§ 309 und 341 den Abschluss von besondern Verträgen zum Zwecke der Begünstigung mit Strafe bedroht. In Ansehung dieser Auffassung, welche dazu geführt hätte, wegen Verletzung des § 23 Z. 2 auch den Gläubiger zu bestrafen, wurde in den Motiven (S. 461) bemerkt: „Die Vorschrift ist mit Recht in der Praxis als zu hart getadelt worden. Der Gläubiger verfolgt sein Recht; verletzt er dabei den Konkursanspruch der übrigen, so kann er wohl civilrechtlich unwirksam handeln, aber nicht bestraft werden; das ist umso einleuchtender, als es in dem einzelnen Falle oft schwierig genug sein wird, zu befinden, ob die Handlung, z. B. eine Annahme an Zahlungsstatt, unter den Begriff einer unstatthaften Begünstigung zu bringen ist."

Gleichwohl kann der Gläubiger als Teilnehmer am Vergehen des § 211 bestraft werden, sofern er über die Grenzen der in der blossen Annahme liegenden notwendigen Teilnahme hinausgeht. Er kann insbesondere den Schuldner zur Begünstigung anstiften und ist dann als Anstifter strafbar.[1]) Der Gläubiger kann sich ferner dadurch strafbar machen, dass er in Kenntnis der thatsächlichen Verhältnisse dem Schuldner die Vornahme der Rechtshandlung erleichtert, indem er diesen mit Rat oder That unterstützt, also als Gehilfe bei der Begehung mitwirkt; die Anwendung der §§ 48, 49 setzt nicht voraus, dass der Anstifter oder Gehilfe die Handlung auch als Thäter begehen könnte, und § 50 trifft seinem Wortlaute nach nicht auf solche Fälle zu, in denen die Strafbarkeit selbst, nicht bloss der Grad derselben, von einer persönlichen Eigenschaft des Thäters abhängt.[2]) Die Ehefrau, welche mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, wird durch die Zahlungsunfähigkeit ihres Mannes gleichfalls zahlungsunfähige Schuldnerin und kann daher das Vergehen als Mitthäterin mit ihrem Manne oder als Alleinthäterin begehen, sofern sie sich der Zahlungsunfähigkeit bewusst ist.[3]) Sofern nicht beide Ehegatten zugleich zahlungsunfähig sind, kann dagegen der zahlungsfähige Ehegatte gegenüber dem Vergehen des zahlungsunfähigen als Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen.[4])

4. *Zusammentreffen mehrerer Thatbestände.*

Wenn derselbe Schuldner mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung sowohl Bankerutthandlungen (§§ 209, 210) als Begünstigungshandlungen (§ 211) vorgenommen hat, so liegt ebensowenig eine Mehrheit strafbarer Handlungen vor, als wenn mehrere Bankerutthandlungen mit Bezug auf eine Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung zusammentreffen; die eine Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung fasst alle in Beziehung auf dieselbe begangenen Gefährdungshandlungen rechtlich zu einer Einheit zusammen.[5]) Wenn die Thatbestände der §§ 210 und 211 zugleich vorliegen, ist es gleich-

S. 28, Entsch. Bd. V. S. 435 ff., bes. S. 437; R.-G. (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. VIII. S. 92. A. M. Fitting S. 411 § 58 Anm. 11.

[1]) Vgl. Geyer, Oppenhoff, v. Sarwey, Willenbücher, v. Wilmowski a. a. O.; R.-G. (III.) 21. Dez. 1881; (II.) 10. Febr. 1882, Entsch. Bd. V. S. 276, 435 ff.; (I. Civilsen.) 10. März 1883 a. a. O. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 42 ff.; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 576.

[2]) Vgl. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. IV. S. 453; Oppenhoff S. 732 Nr. 12; Rüdorff-Stenglein S. 654 Nr. 4; Stieglitz S. 714, 715; Willenbücher S. 249 Nr. 7; v. Wilmowski S. 481; R.-G. (I.) 27. Jan. 1881 u. 21. März 1881, Entsch. Bd. IV. S. 1 ff. und S. 2 Anm.; (I. Civilsen.) 10. März 1883, Entsch. in Civils. Bd. VIII. S. 92. A. M. v. Liszt, Lehrb. S. 446 § 137 Nr. I.; v. Kries, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. VII. S. 548; v. Völderndorff Bd. III. S. 42 ff.; Wengler S. 710; Zadek, Gerichtssaal Bd. 40 S. 576 ff.

[3]) Vgl. R.-G. (II.) 23. Okt. 1883, Entsch. Bd. IX. S. 161 ff.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 23. Okt. 1883 a. a. O.

[5]) Vgl. R.-G. (III.) 5. Febr. 1883, (IV.) 26. Sept. u. 17. Okt. 1884, (II.) 16. Juni 1885, Rechtspr. Bd. V. S. 87, Bd. VI. S. 570 ff., bes. S. 573, S. 633, Bd. VII. S. 400, 401. A. M. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67; Oppenhoff S. 732 Nr. 13; Stieglitz S. 714 u. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 422, welcher den Unterschied der Thatbestände darin findet, dass bei dem Bankerutte der Schuldner sich oder

gültig, welches Strafmass angewendet wird; bei Zusammentreffen der §§ 209 und 211 muss die erste Strafandrohung als die strengere verwirklicht werden. (§ 74.) Ferner liegt rechtliche Handlungseinheit vor, wenn derselbe Schuldner mit Bezug auf die nämliche Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung mehrere Gläubiger oder einen Gläubiger mehrfach begünstigt hat.[1]) Das Zusammentreffen mehrerer Thatbestände kommt auch hier als Strafzumessungsgrund in Betracht. (Bem. I. 5 zu §§ 209 ff.) Wird durch die nach § 211 strafbare Begünstigung zugleich ein Vermögensstück beiseitegeschafft (§ 209 Z. 1), so liegt auch thatsächlich nur eine Handlung vor, welche nach den §§ 209 und 211 zu beurteilen ist. Letztere Vorschrift ist anzuwenden, weil § 211 den umfassenderen Thatbestand aufstellt; die Benachteiligungsabsicht ist in der Begünstigungsabsicht enthalten. (Bem. 2 S. 609.)[2]) Wenn der Wert der beiseitegeschafften Vermögensstücke den Wert der Forderung des Begünstigten übersteigt, so liegt hinsichtlich des Überschusses in subjektiver Beziehung nur Benachteiligungsabsicht (§ 209) vor; folglich ist sogenannte ideale Konkurrenz zwischen den §§ 209 und 211 gegeben und die Vorschrift des § 209 als die strengere anzuwenden.[3])

§ 212.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder beiseitegeschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder, um sich oder einem andern Vermögensvorteil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eigenen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

(E. § 212; M. S. 461; K. S. 126; St.-G.-B. § 282.)

1) Durch die Vorschriften des §, welche mit denen des § 282 St.-G.-B. bis auf den Umstand übereinstimmen, dass das Verbrechen auch im Interesse eines Nichtkaufmannes verübt werden kann, wird der Gefährdung des Publikums durch dritte Personen entgegengetreten. Dass die in Frage stehende Handlung in der Absicht vorgenommen sein muss, die Gläubiger zu benachteiligen, ist im Gesetze nicht gesagt. Begrifflich ist aber die Benachteiligungsabsicht in der Begünstigungsabsicht sowie in dem Vorsatze, erdichtete For-

einem Nichtgläubiger, im Falle des § 211 aber nur einem Gläubiger etwas zuwenden will. Jener Zweck ist aber nicht Thatbestandsmerkmal der §§ 209, 210. Vgl. den Text dieser §§ mit dem des § 212.

[1]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 87; R.-G. (III.) 5. Febr. 1883, 20. Okt. 1884, (IV.) 18. Sept. 1885, Rechtspr. Bd. V. S. 87, Bd. VI. S. 640, Bd. VII. S. 517. A. M. Oppenhoff S. 732 Nr. 13; Stieglitz S. 714.

[2]) Vgl. Stieglitz S. 712, 713; Willenbücher S. 249 Nr. 8; R.-G. (II.) 17. März 1882, Entsch. Bd. VI. S. 94 ff.; (III.) 12. Juli 1883, Rechtspr. Bd. V. S. 518 ff., bes. S. 519, jur. Wochenschr. 1883 S. 220.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 12. Juli 1883 a. a. O.

derungen aufzustellen, enthalten. (Bem. 2 zu § 211 S. 609.)[1]) Die Handlungen, welche der § mit Strafe bedroht, sind dieselben, von welchen in § 209 Z. 1 und 2 gehandelt wird. Damit § 212 Anwendung finden kann, wird jedoch keineswegs vorausgesetzt, dass auch der Schuldner nach § 209 bestraft worden ist oder bestraft werden kann. Vielmehr handelt es sich hier um eine selbständige Vorschrift, welche auch dann platzgreift, wenn dem Schuldner eine strafbare Handlung nicht zur Last fällt.[2]) Der Schuldner kann sich sogar an der Handlung des Dritten beteiligen, ohne zugleich eine Bankerutthandlung vorzunehmen, z. B. indem er den Dritten lediglich durch Rat darin unterstützt, wie Vermögensstücke beiseitezuschaffen, erdichtete Forderungen aufzustellen seien, oder indem er den Dritten hiezu anstiftet.[3]) Der Schuldner kann auch eine juristische Person sein. Im Nachlasskonkurse ist Zuwiderhandlung nur gegen Z. 2 möglich. Versuch ist in den Fällen der Z. 1 denkbar.

2) Hinsichtlich der Begünstigung des Schuldners durch „Verheimlichung oder Beiseiteschaffen“ (Z. 1) ist auf Bem. II. 2 zu §§ 209 ff. zu verweisen. Auch die in § 212 vorgesehenen Handlungen können sowohl vor als nach der Zahlungseinstellung vorgenommen werden.[4]) Da dieselben vorsätzliche sein müssen, ist die Bestrafung dadurch bedingt, dass der Dritte entweder in Kenntnis der eingetretenen Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung oder im Hinblicke auf eines dieser — als bevorstehend angesehenen — Ereignisse gehandelt hat; dessen Wille muss auf das „Beiseiteschaffen“ oder „Verheimlichen“ und ausserdem darauf gerichtet sein, dem Schuldner zu nützen. Aus dem Thatbestandsmerkmale „im Interesse des Schuldners“ folgt, dass es sich hier wie in Z. 2 um die Zuwendung eines Vermögensvorteiles handelt. Dieser Vermögensvorteil ist begrifflich immer ein rechtswidriger, weil den Gläubigern durch die Handlung Befriedigungsmittel entzogen werden, auf die sie nach § 1 der K.-O. Anspruch haben.[5]) Würde sich die Handlung auf Vermögensstücke beziehen, welche nicht zur Masse gehören, so wäre dieselbe nicht strafbar, weil sie die Gläubiger nicht schädigt.

3) Bezüglich der unter Z 2 fallenden Handlungen vgl. Bem. II. 3 zu §§ 209 ff. S. 592. Zu beachten ist, dass das Gesetz nur solche Handlungen mit Strafe bedroht, welche „im Verfahren“ d. h. im Konkursverfahren vorgenommen wurden. Wurde die erdichtete Forderung nur bei aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen geltend gemacht, so ist die Anwendung des § ausgeschlossen.[6]) Es wird jedoch nicht vorausgesetzt, dass zur Zeit, als die Handlungen vorgenommen wurden, bereits der Konkurs eröffnet war. Vielmehr gehören auch solche Handlungen hieher, welche in dem auf Grund des § 97 erfolgten Verfahren stattgefunden haben.[7]) Dass die in Frage stehende Handlung, wenn der Konkurs auf Grund einer Zahlungseinstellung eröffnet wurde, nach derselben vorgenommen worden sein muss,

[1]) Vgl. Berner, Lehrb. S. 596; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 419; v. Völderndorff Bd. III. S. 46. A. M. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 824; Oppenhoff S. 733 Nr. 4; Rüdorff-Stenglein S. 655 Nr. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 1; Wengler S. 711; Willenbücher S. 250.

[2]) Vgl. v. Kries, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. VII. S. 543, 544; Meisner S. 384; Oppenhoff S. 733 Nr. 2; v. Sarwey S. 884 Nr. 2; Willenbücher S. 249 Nr. 1; v. Wilmowski S. 482 Nr. 1.

[3]) Vgl. v. Kries a. a. O. S. 543, 544; Oppenhoff S. 733 Nr. 5.

[4]) Vgl. Meisner S. 384; Oppenhoff S. 733 Nr. 6; Rüdorff-Stenglein S. 655 Nr. 1a; v. Völderndorff Bd. III. S. 47c; Willenbücher S. 250 Nr. 1. A. M. v. Sarwey S. 884 Nr. 3; v. Wilmowski S. 482 Nr. 1.

[5]) Vgl. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 68. A. M. Meyer, Lehrb. S. 741.

[6]) Vgl. Hullmann S. 360 Nr. 2; Oppenhoff S. 734 Nr. 10; v. Sarwey S. 885; Stieglitz S. 715, 716; Wengler S. 711; Willenbücher S. 250 Nr. 1; v. Wilmowski S. 483 Nr. 4. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 50

[7]) Vgl. Hullmann S. 360 Nr. 2; Oppenhoff S. 734 Nr. 10; Rüdorff-Stenglein S. 655 Nr. 5; v. Sarwey S. 885 Nr. 41; v. Schwarze S. 831 Nr. 3; Stieglitz S. 715; v. Völderndorff Bd. III. S. 49; Wengler S. 711; Willenbücher S. 250 Nr. 1; v. Wilmowski S. 483 Nr. 4.

ergiebt sich hieraus von selbst.[1]) Damit die Bestrafung erfolgen kann, wird unter allen Umständen vorausgesetzt, dass der Beschuldigte von der Thatsache der Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung Kenntnis hatte. Unkenntnis dieser Umstände schliesst nach § 59 St.-G.-B. die Bestrafung aus. Eine solche Unkenntnis kann insbesondere bei vorgeschobenen Personen vorliegen. Handelt eine solche Person selbst vorsätzlich, so ist dieselbe aber als Mitthäter zu behandeln. Der Vermögensvorteil ist auch hier begrifflich ein rechtswidriger, weil er durch eine erdichtete Forderung angestrebt wird.[2]) Vom Thatbestande des Betruges unterscheidet sich der hier in Frage stehende Thatbestand dadurch, dass der Eintritt einer Vermögensbeschädigung zur Vollendung nicht erforderlich ist.[3]) Daher ist sogenannte ideale Konkurrenz mit Betrug denkbar, falls Vermögensbeschädigung eintritt.

4) Wenn der Dritte durch eine Handlung, welche den Thatbestand des § 212 erfüllt, Beihilfe zum betrüglichen Bankerutte leistet, so ist durch eine Handlung sowohl § 209 als 212 verletzt; es liegt jedoch bloss Gesetzeskonkurrenz im engern Sinne vor und ist folglich nur das Strafmass des § 212, dagegen nicht § 74 St.-G.-B. anzuwenden. Die Gehilfenhandlung ist in der Thäterhandlung enthalten. Wenn auch § 212 nicht ausdrücklich verlangt, dass der Thäter den Gemeinschuldner unterstützt, so ist doch das Thatbestandsmerkmal „im Interesse des Schuldners" so umfassend, dass es auch die Gehilfenhandlung deckt. Wer den Schuldner bei dessen eigener strafbaren Handlung unterstützt, handelt auch im Interesse des Schuldners.[4]) Der besondere Thatbestand des § 212 schliesst jedoch nicht begrifflich die Teilnahme am Verbrechen des § 209 in sich; es ist vielmehr ein zufälliges Zusammentreffen, wenn jene Handlung sich zugleich als Beihilfe zum betrüglichen Bankerutte darstellt.[5]) Diese Beihilfe kann übrigens auch in sachlichem Zusammenflusse mit dem Verbrechen aus § 212 vorliegen, z. B. wenn der Dritte zunächst den Schuldner durch Rat unterstützt hat und dann noch unabhängig hievon eine nach § 212 strafbare Handlung begeht.[6]) Der § 212 kann auch zu dem Zwecke verletzt werden, um dem Schuldner die durch den betrüglichen Bankerutt erstrebten Vorteile zu sichern; dann liegt sogen. ideale Konkurrenz von § 212 mit § 257 St.-G.-B. vor, weil der letztere Thatbestand die Begehung eines Verbrechens oder Vergehens seitens des Begünstigten voraussetzt, während eine solche Voraussetzung bei § 212 fehlt. In solchen Fällen findet hienach die strengere Strafe des § 212 Anwendung.[7])

§ 213.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder andern Personen besondere Vorteile dafür hat gewähren oder ver-

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 419, 420; Oppenhoff S. 734 Nr. 10; v. Schwarze S. 831 Nr. 3; Willenbücher S. 250 Nr. 1.

[2]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 420; Simonson, Der Begriff des „Vorteils" S. 69; v. Völderndorff Bd. III. S. 48 Anm. 13. A. M. Geyer, Grundriss Bd. II. S. 67, 68; Meyer, Lehrb. S. 741.

[3]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 420, Oppenhoff S. 733 Nr. 4; Simonson a. a. O.; v. Völderndorff Bd. III. S. 49. A. M. Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 823.

[4]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 420, 421; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 823; Meyer, Lehrb. S. 741 Anm. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 2. A. M. Oppenhoff S. 733 Nr. 2; Wengler S. 712 Nr. 5.

[5]) So auch: Berner, Lehrb. S. 596; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 426; v. Kries, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. VII. S. 543, 544; Meisner S. 384; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. III. S. 823; v. Sarwey S. 884 Nr. 2; v. Schwarze S. 831 Nr. 2; Wengler S. 712; Willenbücher S. 250 Nr. 2; v. Wilmowski S. 482 Nr. 1; R.-G. (I.) 17. Jan. 1884, Entsch. Bd. IX. S. 430. Vgl. dagegen Rüdorff-Stenglein S. 656 Nr. 8; v. Völderndorff Bd. III. S. 45 ff.

[6]) Vgl. Oppenhoff S. 733 Nr. 2; pr. Ob.-App.-Ger. 21. März 1874, Arch. f. Strafr. Bd. 22 S. 271.

[7]) Vgl. Oppenhoff S. 733 Nr. 2; R.-G. (IV.) 29. Nov. 1887, Rechtspr. Bd. IX. S. 684, 685; jur. Wochenschr. 1888 S. 64.

sprechen lassen, dass er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

(E. § 213; M. S. 461; K. S. 126.)

Durch § 213 wird der „Stimmenkauf“ mit Strafe bedroht. Derselbe besteht darin, dass ein Gläubiger dem Gemeinschuldner oder andern Personen gegen Gewährung besonderer vermögensrechtlicher Vorteile seine Stimme verspricht. Durch die Vorschrift werden nur „Gläubiger“ betroffen; es wird also vorausgesetzt, dass dem Beschuldigten wirklich eine Forderung zusteht oder dass er eine solche wenigstens zu haben behauptet. Die erfolgte Anmeldung ist ebensowenig erforderlich wie die Feststellung oder Einräumung eines Stimmrechtes für die Forderung.[1]) In diesem allgemeinen Sinne wird der Begriff „Gläubiger“ auch sonst in der Konkursordnung gebraucht. (Bem. II. 2 zu §§ 79 ff. S. 342, 343, § 103 Abs. 3 und Bem. I. 2 zu §§ 129 ff. S. 437.) Absonderungsberechtigte kommen nur insofern in Betracht, als sie Konkursgläubiger zu sein behaupten. (Bem. III. 1 zu §§ 85 ff. S. 356.)[2]) Auf die Feststellung der Forderung darf schon deshalb nicht das entscheidende Gewicht gelegt werden, weil auch Gläubiger nicht festgestellter, sogar nicht geprüfter Forderungen zur Abstimmung zugelassen werden können. (§§ 87, 88.) Auch derjenige kann hienach das Vergehen verüben, der sich auf Grund einer zum Schein erfolgten Übertragung (als Strohmann) in das Verfahren mischt.[3]) Dagegen wird der Thatbestand nicht dadurch erfüllt, dass jemand sich lediglich für seine Bereitwilligkeit, als Strohmann aufzutreten, bezahlen lässt, d. h. Ersatz für Zeitverlust verlangt. Zum Thatbestande des Vergehens gehört einmal die Zusage des Gläubigers, „in einem gewissen Sinne“ zu stimmen, und dann die Annahme eines als Gegenleistung hiefür gewährten besondern Vorteiles oder eines darauf gerichteten Versprechens. Die Abrede bezüglich der Abstimmung muss nicht den Zweck haben, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Die Vorteile brauchen weder Vermögensvorteile[4]) noch rechtswidrige zu sein; „besondere“ Vorteile sind solche, auf welche der Gläubiger einen civilrechtlichen Anspruch nicht hat. Dagegen ist es weder erforderlich, dass es auch wirklich zur Abstimmung kam, noch wird der Nachweis vorausgesetzt, dass der Gläubiger überhaupt abgestimmt hat[5]) und ohne das Versprechen oder Gewähren des Vermögensvorteiles anders abgestimmt haben würde. Die Zusage, „in einem gewissen Sinne“ zu stimmen, liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger versprochen hat, ein für allemal im Interesse des Gemeinschuldners oder übereinstimmend mit einem gewissen Gläubiger abzustimmen. Dass der Gegenstand der Abstimmung speciell bezeichnet wurde, ist nicht erforderlich.[6])

1) Vgl. v. Sarwey S. 885 Nr. 1a; v. Völderndorff Bd. III. S. 56 Nr. II.; v. Wilmowski S. 483. A. M. Stieglitz S. 716.

2) Vgl. O.-L.-G. Colmar 26. Sept. 1888, R.-G. (I.) 4. Febr. 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. XIV. S. 39 u. 221.

3) Vgl. Katz, Edw., Die strafrechtl. Bestimmungen des H.-G.-B. S. 110; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 3; v. Sarwey S. 884 Nr. 1a; v. Völderndorff Bd. III. S. 52; Willenbücher S. 250; v. Wilmowski S. 483.

4) Vgl. Katz a. a. O. S. 109; Oppenhoff S. 717; Ring, Reichsges., betr. die Kommanditges. auf Aktien S. 594; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 4; v. Schwarze S. 832 Nr. 4; Simonson, Der Begriff des „Vorteils“ S. 95; Stieglitz S. 717. A. M. Kayser, Aktienges. S. 153; v. Völderndorff Bd. III. S. 53 u. Aktienges. S. 779.

5) Vgl. Fitting S. 412 § 58 Nr. I. 6; Katz a. a. O. S. 109; Oppenhoff S. 735 Nr. 7; Ring a. a. O. S. 593, 594; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 6; v. Sarwey S. 885 Nr. 1a; Simonson a. a. O. S. 93; Stieglitz S. 717; Willenbücher S. 250; v. Wilmowski S. 483. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 51 Anm. 1.

6) Vgl. Stieglitz S. 717; v. Völderndorff Bd. III. S. 53. A. M. Oppenhoff S. 735 Nr. 6; Rüdorff-Stenglein S. 657 Nr. 5.

Die Abrede kann sich auf jede beliebige Beschlussfassung im Laufe des Verfahrens beziehen; insbesondere ist die Vorschrift nicht bloss auf solche Abreden beschränkt, welche sich auf die Abstimmung über den Zwangsvergleich beziehen. Jedoch muss bei der Abrede ein bestimmtes Konkursverfahren ins Auge gefasst sein, dessen Ergebnisse beeinflusst werden sollen. Dass das Verfahren bereits zur Zeit der Verabredung schweben muss, ist anzunehmen, weil vorausgesetzt wird, dass bereits ein Gemeinschuldner vorhanden ist.[1]) Ob das Konkursverfahren über das Vermögen einer physischen Person oder über einen Nachlass oder über das Vermögen einer juristischen Person in Frage steht, ist unerheblich. Der Thatbestand ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes nicht gegeben, wenn jemand gegen Gewährung von Vorteilen nur versprochen hat, sich der Abstimmung zu enthalten. Der nicht Abstimmende wird als nicht erschienen behandelt. Die Enthaltung kann deshalb nicht als eine Art von Abstimmung behandelt werden. (Bem. II. 3 zu §§ 85 ff. S. 355.)[2]) Die Erhebung oder Unterlassung eines Widerspruches im Prüfungstermine ist gleichfalls als Abstimmung nicht anzusehen, weil jede derartige Erklärung für sich allein wirkt. Ein in dieser Beziehung gegebenes Versprechen fällt daher nicht unter die Vorschrift des §. Ebensowenig gehört hieher eine anderweitige selbständige Ausübung von Gläubigerrechten, z. B. des Rechtes der Beschwerde, der Einwendung gegen die Schlussrechnung, oder Verzicht auf abgesonderte Befriedigung.[3]) Der Stimmenkauf mit Bezug auf ein anderes Verfahren, z. B. einen aussergerichtlichen Nachlassvergleich, ist nicht nach § 213 strafbar.[4])

Derjenige, welcher den Gläubiger besticht, kann als Anstifter bestraft werden, sofern er über das vorausgesetzte Versprechen hinausgegangen ist und den Entschluss zum Verkaufe der Stimme im Gläubiger hervorgerufen hat. Auch in dieser Beziehung ist es gleichgültig, ob eine Abstimmung erfolgte und ob der Bestochene sein Versprechen erfüllt hat. Das Vergehen ist vollendet, sobald das Versprechen, in gewissem Sinne zu stimmen, unter Annahme von Vorteilen bezw. des auf solche gerichteten Versprechens erfolgt ist.[5]) Wenn dagegen die Anregung von dem Gläubiger ausging, so wird der Bestechende auch nicht als Gehilfe bestraft werden können.

Wegen der weitergehenden Strafbestimmungen, welche die preussische Konkursordnung bezüglich der Gläubiger enthielt, ist Bem. 3 zu § 211 S. 611 zu vergleichen.

§ 214.

Die Strafvorschriften der §§ 209—211 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet

[1]) Vgl. Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 423; Oppenhoff S. 735 Nr. 1; v. Völderndorff Bd. III. S. 52 Nr. I. A. M. Stieglitz S. 716.

[2]) Vgl. Oppenhoff S. 735 Nr. 6; v. Schwarze S. 832 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. III. S. 53 Nr. V.; Willenbücher S. 250.

[3]) Vgl. R.-G. (I.) 4. Febr. 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. XIV. S. 221.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Karlsruhe 5. Jan. 1888, bad. Ann. Bd. 54 S. 209 u. Puchelts Zeitschr. Bd. XX. S. 33.

[5]) Vgl. hiezu: Geyer, Grundriss Bd. II. S. 68; Hälschner, Strafr. Bd. II. S. 423; Merkel in v. Holtzendorffs Handb. Bd. IV. S. 454; Oppenhoff S. 735 Nr. 8; Stieglitz S. 717; R.-G. (IV.) 24. März 1885, Entsch. Bd. XII. S. 122. Die Bestrafung wegen Anstiftung wird für unzulässig erklärt von: Katz, Edw., a. a. O. S. 109; v. Kries, Zeitschr. f. d. gesamte Strafrechtsw. Bd. VII. S. 547; Meyer, Lehrb. S. 742; Ring, Aktienges. S. 594; Rüdorff-Stenglein S. 657; v. Völderndorff, Aktienges. S. 756, 778.

worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

(E. § 214; M. S. 461, 462; K. S. 126.)

1) § 214 schliesst sich den besondern Bestimmungen über Handelsgesellschaften und Genossenschaften (§§ 193 ff. und Reichsgesetz vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, §§ 91 ff.) an. Die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft sind nicht Schuldner oder Gemeinschuldner, sondern nur Vertreter derselben. Die gegen Schuldner oder Gemeinschuldner gerichteten Strafvorschriften der §§ 209—211 könnten daher auf sie nicht unmittelbar Anwendung finden. Da die Handlung eines Vorstandsmitgliedes thatsächlich dieselben Merkmale an sich tragen kann, welche die von einem Schuldner selbst begangenen Handlungen als betrüglichen oder einfachen Bankerutt kennzeichnen oder unter den Thatbestand des § 211 stellen würden, und auch die Vorstandsmitglieder als strafbar erscheinen, wenn sie solche Handlungen vornehmen, wurden die Bestimmungen der §§ 209—211 auf dieselben ausgedehnt. Dieselbe Ausdehnung erfolgte in Ansehung der Liquidatoren und zwar nicht bloss derjenigen einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, sondern auch gegenüber den Liquidatoren einer offenen oder Kommanditgesellschaft. Hinsichtlich anderer Vertreter von physischen und juristischen Personen wurde angenommen, dass die Vorschriften des § 212 sowie die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Betrug, Unterschlagung oder strafbaren Eigennutz u. s. w. ausreichen würden. (M. S. 462.) Hat sich der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft einer nach § 214 strafbaren Handlung schuldig gemacht, so wird die Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung diese Handlung gebilligt oder sogar deren Vornahme beschlossen hat. Der Vorstand darf solche Handlungen nicht vornehmen und wird dadurch, dass ihm andere zugestimmt oder ihn zu seinen Handlungen veranlasst haben, von seiner Verantwortlichkeit nicht befreit.[1])

Soweit es sich um Kommanditgesellschaften bezw. Kommanditgesellschaften auf Aktien handelt, kommt § 214 nur insofern zur Anwendung, als Liquidatoren in Frage stehen. Die persönlichen Gesellschafter sind ebenso wie die Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft selbst Schuldner; ihre Strafbarkeit bemisst sich also ohne weiteres nach den §§ 209 bis 211.

2) Der Vorstand einer Aktiengesellschaft bezw. eingetragenen Genossenschaft hat als solcher die Verpflichtung, dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Bücher geführt werden. (Art. 239 Abs. 1 H.-G.-B. und § 31 Abs. 1 Gen.-Ges.) Derselbe ist sonach für die Nichtführung sowie für unordentliche Führung der Bücher verantwortlich. Ebenso hat er nach Art. 239 Abs. 1 H.-G.-B. und § 31 Abs. 2 des Gen.-Ges. die gesetzliche Verpflichtung, der Generalversammlung die Bilanz vorzulegen. Wenn im Gesetze gesagt ist: „eine Bilanz“, so kann nur gemeint sein eine richtige, d. h. einerseits eine der Wahrheit entsprechende und andererseits eine kaufmännisch richtig aufgestellte, die vollständige Vermögensübersicht gewährende Bilanz. Daraus ergiebt sich aber auch die gesetzliche Verpflichtung, für die rechtzeitige und richtige Aufstellung der Bilanz zu sorgen, denn ohne diese Pflicht hätte die erstere keinen Wert. Insofern müssen also auch gegenüber dem Vorstande einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft die §§ 209 Z. 3 und 210 Z. 2 und 3 Anwendung finden.[2]) Der Vorstand kann die erwähnten Verpflichtungen ebenso wie der Einzel-

[1]) Vgl. Oppenhoff S. 735 Nr. 2; Rüdorff-Stenglein S. 658 Nr. 2; v. Sarwey S. 887; Stieglitz S. 719; v. Völderndorff Bd. III. S. 55; v. Wilmowski S. 484.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 9. März 1885, Rechtspr. Bd. VII. S. 156 ff.; verein. Strafsen. 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 326 ff.

kaufmann dadurch erfüllen, dass er die Buchführung einem Buchhalter überträgt; er kann aber dadurch die Verantwortung für Unterlassungen und Mängel ebensowenig wie der Einzelkaufmann von sich abwälzen. (Bem. III. 3 zu §§ 209, 210.) Ferner treffen die Bestimmungen in Art. 235 H.-G.-B. und § 40 Gen.-Ges. hier nicht zu, weil die Buchführung nicht als ein besonderer Geschäftsbetrieb der Gesellschaft aufzufassen ist. Auch wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstandes nicht dadurch beeinflusst, dass die Vorstandswahl sich auf ungeeignete Personen richtete. Durch die Wahl und deren Annahme wird zwischen dem Gewählten und der Gesellschaft ein Rechtsverhältnis begründet, das jenen zur ordnungsmässigen Geschäftsführung verpflichtet. Ebenso ist diese Verpflichtung unabhängig von etwaigen Mängeln der Wahl. Der Gewählte kann daher auch die Geschäfte nach der Annahme nicht willkürlich und einseitig niederlegen.[1])

3) Wenn der Vorstand aus mehreren Mitgliedern besteht, so kann zweifellos die Strafe aus § 209 nur gegen diejenigen Vorstandsmitglieder verhängt werden, welche in Benachteiligungsabsicht gehandelt haben. Aber auch die Strafe aus § 210 wegen Unterlassung der Buchführung oder Bilanzziehung oder wegen unordentlicher Buchführung darf nicht ohne Prüfung und Feststellung der Schuld des einzelnen über alle Vorstandsmitglieder verhängt werden. Denn auch der Thatbestand des einfachen Bankerutts setzt Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) voraus. (Bem. III. 1 zu §§ 209 ff.) Wie der offene Gesellschafter nicht bestraft werden kann, wenn er durch Vorspiegelung falscher Thatsachen seitens eines andern Gesellschafters in Irrtum versetzt wurde (Bem. III. 3 zu §§ 209 ff. S. 604 a. E.), so können auch die einzelnen Vorstandsmitglieder sich gegenüber der Anklage aus § 210 auf Irrtum (§ 59 St.-G.-B.) berufen. Auch kann das im Vorstandskollegium überstimmte Mitglied unmöglich für die bei diesem Anlasse bethätigte Fahrlässigkeit oder den Vorsatz der übrigen Mitglieder bestraft werden. Dem einzelnen Vorstandsmitgliede muss ferner die Berufung auf die bestehende Geschäftsverteilung zur Entlastung gereichen. Die mehreren Vorstandsmitglieder stehen der Geschäftsaufgabe der Gesellschaft ganz anders gegenüber wie mehrere Gesellschafter den Aufgaben ihrer Handelsgesellschaft. Im letztern Falle sind alle Geschäfte eigene Geschäfte eines jeden Gesellschafters. Dieses Verhältnis kann natürlich nicht durch die Geschäftsverteilung aufgehoben werden. Die Handelsbücher der Gesellschaft sind die eigenen Bücher eines jeden Gesellschafters. Deshalb ist jeder Gesellschafter, sofern er nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde, für die Buchführung und deren Mängel verantwortlich; ebenso ist die Bilanz der Gesellschaft für jeden Gesellschafter die Bilanz seines eigenen Geschäftes; er muss sie daher mit seiner Unterschrift versehen und hat zu prüfen, ob dieselbe der Wahrheit und den kaufmännischen Regeln entspricht. Wenn der Vorstand einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft aus mehreren Personen gebildet wird, so ist dagegen von vorneherein die Absicht vorhanden, dass nicht jedes Vorstandsmitglied alle Verpflichtungen des Vorstandes für sich allein wahrzunehmen habe. Auch gestattet das Gesetz, indem es einen aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstand zulässt, damit zugleich, dass die gesetzlichen Verpflichtungen unter die einzelnen Mitglieder verteilt werden. Die Summe der Verpflichtungen ist nicht begrifflich an die Person eines jeden Mitgliedes geknüpft, weil die Vorstandsmitglieder nur fremde Geschäfte verwalten. Wenn in einem technischen Unternehmen zwei kaufmännische und ein technischer Direktor als Vorstandsmitglieder bestellt sind, so kann hienach die Geschäftsverteilung, welche vorbehaltlich einzelner durch Mehrheitsbeschluss zu erledigenden Angelegenheiten den technischen Direktor auf die technische Leitung, die kaufmännischen Direktoren auf die kaufmännische Leitung beschränkt, nur den Sinn haben, dass jedem Vorstandsmitgliede ein bestimmter Geschäftskreis zugewiesen wird. Eine solche Geschäftsverteilung ist aber nicht verboten. Da es im praktischen Leben unerträglich wäre, wenn der Kaufmann in die Einzelheiten des technischen Betriebes, der Techniker in die des kaufmännischen Betriebes sich einmischen wollte,

[1]) Vgl. R.-G. (IV.) 14. Okt. 1887, Entsch. Bd. XVI. S. 269 ff.; Oppenhoff S. 736 Nr. 5.

so kann das Gesetz auch nicht gewollt haben, dass rechtlich ein solcher Zustand bestehe, dass z. B. der technische Direktor ungeachtet der Geschäftsverteilung Anordnungen hinsichtlich der Einzelheiten der Buchführung treffe. Ist dies richtig, so kann dem technischen Direktor in diesem Falle ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden, wenn er sich um die Buchführung nicht annimmt. Rechtlich kann aber auch nichts darauf ankommen, ob etwa sämtliche Mitglieder des Vorstandes Kaufleute sind, weil die Verteilung der Geschäfte gesetzlich zulässig ist und das einzelne Vorstandsmitglied an sich nicht die Befugnis hat, die übrigen Mitglieder zu überwachen und denselben Vorschriften zu machen.[1]) Dasselbe gilt von den Stellvertretern der Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden nur insoweit zur Last fallen kann, als sie in Ausübung der ihnen obliegenden Thätigkeit vorsätzlich oder fahrlässig ihre Pflicht verletzt haben, nicht aber, solange ein Vertretungsfall überhaupt nicht eingetreten war. Solange der Stellvertreter an den Geschäften des Vorstandes gar nicht beteiligt ist, kann er auch die Pflichten eines Vorstandsmitgliedes nicht verletzen.[2])

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 9. März 1885, Entsch. Bd. XII. S. 78 ff., Rechtspr. Bd. VII. S. 156 ff. Vgl. dagegen: R.-G. (verein. Strafsen.) 9. Jan. 1886, Entsch. Bd. XIII. S. 236 ff. und Oppenhoff S. 736 Nr. 4.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 9. März 1885 a. a. O., bes. S. 160 ff.

Gesetz,

betreffend die Einführung

der

Konkursordnung.

§ 1.

Die Konkursordnung tritt im ganzen Umfange des Reiches gleichzeitig mit dem Gerichtsverfassungsgesetze in Kraft.

§ 2.

Gesetz im Sinne der Konkursordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

(E. §§ 1 und 2; M. S. 463; K. S. 133.)

1) Bezüglich des Inkrafttretens des Gerichtsverfassungsgesetzes ist in § 1 des Einführungsgesetzes zu demselben bestimmt worden, dass dasselbe an einem durch Kaiserliche Verordnung zu bestimmenden Tage spätestens aber am 1. Oktober 1879 erfolgen solle. Dieser letztere Tag ist dann auch festgehalten worden. In den Konsulargerichtsbezirken ist die Konkursordnung an dem nämlichen Tage in Kraft getreten. (§ 47 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit.) Bezüglich der Schutzgebiete richtet sich der Zeitpunkt des Inkrafttretens nach den Kaiserlichen Verordnungen. (Reichsgesetz vom 17. April 1886 und 15. März 1888, betr. die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete, § 2.)[1])

2) In § 2 wird der Ausdruck „Gesetz" in gleicher Weise wie in § 7 des E.-G. zur St.-P.-O. und in § 12 des E.-G. zur C.-P.-O. erläutert. In der Reichstagskommission (K. S. 133) wurde in zutreffender Weise bemerkt: „unter Rechtsnorm sei das aus objektiver Rechtsquelle fliessende Recht, also sowohl Gesetzes- wie Gewohnheitsrecht zu verstehen". Im übrigen ist auf den Kommentar von Petersen zur Civilprozessordnung (§ 12 E.-G. und Bem. III. zu §§ 511 ff.) zu verweisen.

[1]) Die bisher erlassenen Kaiserlichen Verordnungen sind mitgeteilt in Buschs Zeitschr. Bd. XI. S. 157 ff., Bd. XII. S. 197 ff., Bd. XIV. S. 214.

§ 3.

Die den Konkurs betreffenden Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Konkursordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

1. die Vorschriften des § 51 des Gesetzes, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, sowie die im § 48 desselben Gesetzes bestimmte Zuständigkeit des Handelsgerichtes;
2. die Vorschriften der §§ 13—18 des Gesetzes, betreffend die Gewährung der Rechtshilfe, vom 21. Juni 1869;
3. die Vorschriften der §§ 281—283 des Strafgesetzbuches.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, dass die Verjährung auch nach Massgabe des § 13 der Konkursordnung unterbrochen wird.

Die Verjährung zugunsten eines zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens ausgeschiedenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters (§ 64 Abs. 1 des Gesetzes vom 4. Juli 1868) wird auch durch Anmeldung der Konkursforderung unterbrochen.

(E. § 3; M. S. 463—467; K. S. 133, 134.)

I. Allgemeiner Grundsatz. (Abs. 1.)

1) In § 3 wird im Anschlusse an § 13 des E.-G. zur C.-P.-O. und an § 5 des E.-G. zur St.-P.-O. das Verhältnis der Konkursordnung zu denjenigen Reichsgesetzen, welche Vorschriften über Konkursrecht oder das Konkursverfahren enthalten, ausdrücklich festgesetzt, und zwar wird auch hier die Regel aufgestellt, dass reichsgesetzliche Bestimmungen dieser Art durch die Konkursordnung nicht berührt werden. (Vgl. die Erläuterungen im Kommentar von Petersen zur C.-P.-O. § 13 E.-G. Bem. I.) Zu den hienach in Kraft gebliebenen Vorschriften, welche sich auf den Konkurs beziehen, gehören:

a. Die Verordnung vom 29. Dezember 1867, betr. die Einführung des preussischen Militärstrafrechtes, Beilage B § 41 Abs. 1 (B.-G.-Bl. S. 185 ff., 297), nach welcher in Konkursen über das Vermögen von Militärpersonen das Konkursgericht die Thatsachen, welche auf einen strafbaren Bankerutt schliessen lassen, dem zuständigen Militärgerichte mitteilen muss;

b. § 11 Abs. 2 des Gesetzes, betr. die Kautionen der Reichsbeamten, vom 2. Juni 1869 (B.-G.-Bl. S. 161), nach welchem das Reich nicht verpflichtet ist, die von einem solchen Beamten zum Zwecke der Kautionsstellung verpfändeten Wertpapiere im Falle eines Konkurses „in die Konkursmasse einzuliefern“;

c. § 3 Z. 2 und § 4 des Wahlgesetzes für den Reichstag vom 31. Mai 1869 (B.-G.-Bl. S. 145), nach welchen Personen, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet wurde, weder in den Reichstag wählen, noch in denselben gewählt werden dürfen;

d. § 83 Z. 2 und § 86 der Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 (R.-G.-Bl. S. 159), nach welchen solchen Personen der Eintritt in eine Innung versagt werden und ebenso der Ausschluss von der Ausübung des Stimmrechtes und der Ehrenrechte erfolgen kann;

e. § 20 Z. 2 des Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 (R.-G.-Bl. S. 61), welcher

das Vorzugsrecht des Reiches im Konkurse von Reichsbeamten regelt, denen bezüglich einer Kassen- oder Vermögensverwaltung ein „Defekt“ zur Last fällt;

f. § 29 der deutschen Wechselordnung, welcher bestimmt, dass der Konkurs über den Acceptanten den Regress auf Sicherstellung begründet. Die Anfechtbarkeit der Sicherung wird durch die Aufrechterhaltung des Art. 29 W.-O. nicht ausgeschlossen, weil derselbe nur das Verhältnis der Wechselgläubiger zum Wechselschuldner, nicht dasjenige zwischen den Wechselgläubigern und den übrigen Gläubigern des Schuldners regelt. (Vgl. Bem. II. 3 zu § 23 S. 117.)

Ausserdem bleiben unberührt die auf den Konkurs bezüglichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, von welchen insbesondere zu erwähnen sind die Art. 40, 122, 123, 133, 169, 170, 200, 201, 240, 242, 258, 259, 261, 313–315, 374, 375, 382, 409—412, 472, 476, 624, 629, 675, 727, 733, 757, 758, 893 und 903.

2) Bezüglich der letzterwähnten Vorschriften des Handelsgesetzbuches ist im Anschlusse an die Motive (S. 464, 465) noch folgendes zu bemerken: Die Vorschrift in Art. 40, dass die Mitteilung der Handelsbücher im Konkurse gerichtlich angeordnet werden kann, wird durch die §§ 67, 107, 112 Abs. 2 der K.-O. gedeckt. Hienach kann die Mitteilung nicht bloss angeordnet werden; sie muss auch ohne Anordnung erfolgen. — Die eine Aufhebung der Handelsgesellschaften, der Reederei und der Seeversicherung betreffenden Vorschriften der Art. 123 Z. 1 und 3, 170 Abs. 2, 200, 242 Z. 3, 261 Z. 3, 472 Abs. 2, 476 und 903 des H.-G.-B. werden durch § 20 der K.-O. gewahrt. — Die durch Art. 240 Abs. 2 dem Vorstande einer Aktiengesellschaft zur Pflicht gemachte Anzeige einer Vermögensunzulänglichkeit entspricht der Voraussetzung des § 193 Abs. 1 der K.-O.; die Strafvorschrift des § 249a ist neben den Strafbestimmungen der Konkursordnung in Kraft geblieben. (Vgl. jetzt Art. 249c Z. 2 des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884.) — Die Artikel 258, 259 betreffen das Rechtsverhältnis des stillen Gesellschafters im Konkurse des Inhabers des Handelsgewerbes. (Vgl. oben S. 57 und 234.) Art. 259 gestattet die Anfechtung der innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung bei oder ohne Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses an den stillen Gesellschafter erfolgten Zurückzahlung der Einlage oder eines in diesem Zeitraume geschehenen Erlasses seines Verlustanteiles; die Anfechtung wird beseitigt durch den Beweis des stillen Gesellschafters, dass der Konkurs in Umständen seinen Grund hat, welche erst nach dem Zeitpunkte der Auflösung, der Zurückzahlung oder des Erlasses eingetreten sind. Die Vorschrift bezweckt, das Anfechtungsrecht zugunsten der Konkursgläubiger zu erweitern, um neben einem sonst etwa bestehenden Anfechtungsrechte zur Auswahl zu dienen. Infolge der Aufrechterhaltung derselben kann der stille Gesellschafter zur Entkräftung einer aus § 25 Z. 1 der K.-O. hergeleiteten Anfechtung eines Erlasses sich nicht auf den in Art. 259 gestatteten Gegenbeweis berufen. Die beiden Anfechtungsarten sollen nebeneinander bestehen. Die Anfechtung einer Zurückzahlung der Einlage auf Grund des § 259 verträgt sich auch mit dem Gesichtspunkte des § 23 Z. 2 der K.-O., da der letztere einen kürzern Zeitraum der Anfechtbarkeit festsetzt und statt des Gegenbeweises der spätern Entstehung der Zahlungsunfähigkeit den Gegenbeweis verlangt, dass der stille Gesellschafter den Ausbruch der Zahlungsunfähigkeit und eine dolose Absicht des Gemeinschuldners nicht gekannt habe. Das eigentümliche gesellschaftliche Element in dem Verhältnisse eines stillen Gesellschafters rechtfertigt es, diesem gegenüber den längern Zeitraum bestehen und ohne jene Kenntnis das vorgängige Entstehen der Zahlungsunfähigkeit entscheiden zu lassen. — Der in Art. 122 (169) des H.-G.-B. zugunsten der Landesgesetzgebung gemachte Vorbehalt, den Privatgläubigern des in Konkurs verfallenen Gesellschafters einer offenen oder Kommanditgesellschaft in Bezug auf dessen Privatvermögen ein Absonderungsrecht zu gewähren, ist, insoweit die Landesgesetze bisher von dem Vorbehalte Gebrauch gemacht haben, durch § 4 des E.-G. und § 3 Abs. 1 der K.-O. beseitigt worden. — Das in den Art. 313—315 des H.-G.-B. geregelte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht, das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs aus Art. 374, 375, dasjenige des Spediteurs aus Art. 382, des Frachtführers

in Gemässheit der Art. 409—412, des Verfrachters nach Massgabe der Art. 624—629, 675, der Vergütungsberechtigten im Falle grosser Havarie aus Art. 727 (733) und der Schiffsgläubiger gemäss Art. 758, 759, 761 ff., sowie das Pfand- und Zurückbehaltungsrecht der Gläubiger wegen Bergungs- und Hilfekosten nach Art. 753 (vgl. §§ 20, 21 der Strandungsordnung, R.-G.-Bl. 1874 S. 73) und des Versicherungsnehmers aus Art. 893 sind durch § 41 Z. 8 der K.-O. ausdrücklich aufrechterhalten worden. Hienach bedurfte es nirgends einer besondern Bestimmung inbetreff des Handelsgesetzbuches. In der Reichstagskommission wurde bezüglich des Art. 259 des H.-G.-B. einesteils bezweifelt, ob dessen Aufrechterhaltung, welche ohne Kenntnis der Motive auch nicht leicht erkennbar sei, überhaupt als notwendig erscheine, andererseits aber das Bedenken ausgesprochen, daraus, dass Art. 259 besonderes Recht enthalte, könne geschlossen werden, dass die allgemeinen Vorschriften der Konkursordnung überhaupt nicht gelten, soweit die Anfechtung eines der in Art. 259 erwähnten Akte in Frage sei. Der § wurde jedoch unverändert angenommen, nachdem Hagens die in den Motiven enthaltene Auffassung ausführlich verteidigt und Hertz noch bemerkt hatte: „In Bezug auf das Verhältnis zwischen Anfechtung aus Art. 259 des H.-G.-B. und aus dem materiellen Konkursrechte werde nur der gegenwärtige Rechtszustand konserviert, nach welchem beide Anfechtungsberechtigungen wahlweise nebeneinander bestehen, ohne sich aufzuheben. Auch nach bestehenden Konkursgesetzen sei eine Anfechtung unentgeltlicher Veräusserungen unabhängig von der in Art. 259 des H.-G.-B. gedachten spätern Entstehung der Zahlungsunfähigkeit. Jedenfalls sei die Rückzahlung von Einlagen an den stillen Gesellschafter nicht immer unter den Gesichtspunkt der freiwilligen, unentgeltlichen Veräusserung zu bringen, dieser Fall des Art. 259 werde also nicht durch § 25 Z. 1 gedeckt." (K. S. 133, 134.) Diesen Ausführungen kann einfach beigetreten werden.

II. Reichsgesetzliche Vorschriften, welche durch die Konkursordnung beseitigt werden. (Abs. 2 Z. 1—3.)

Die auf das Genossenschaftsgesetz bezüglichen Bestimmungen in Abs. 2 Z. 1 sind gegenstandslos geworden, nachdem das Gesetz vom Jahre 1868 durch das Reichsgesetz vom 1. Mai 1889 ersetzt worden ist. Vgl. § 153 Abs. 1 des letztern Gesetzes.

Die Vorschriften der §§ 13, 14 und 15 sowie Abs. 2 des § 17 und Abs. 1 des § 18 des Rechtshilfegesetzes, das für die Rechtsstreitigkeiten bezw. Strafsachen, welche nicht vor die ordentlichen Gerichte gehören, seine Bedeutung behalten hat, sind durch die Konkursordnung gegenstandslos geworden. Der Inhalt des § 16 Abs. 1 sowie derjenige der §§ 17 und 18 Abs. 2 war aber mit der Konkursordnung nicht zu vereinbaren. (M. S. 464, 465.) Die Vorschriften der §§ 281—283 R.-St.-G.-B. sind durch die §§ 209, 210, 212 der K.-O. ersetzt worden.

III. Vorschriften, welche eine Abänderung erleiden. (Abs. 3 und 4.)

1) Die in Abs. 3 enthaltene Vorschrift ist eine Folgerung aus dem in § 13 aufgestellten Grundsatze. Der unbedingten Vorschrift des Art. 80 der W.-O. gegenüber, dass die Wechselverjährung nur durch Klagebehändigung oder Streitverkündung unterbrochen werde, musste ausgesprochen werden, dass auch die Wechselverjährung durch die Anmeldung der Forderung unterbrochen wird. (Vgl. auch Bem. 2 zu § 13 S. 55.)

2) Die Bestimmung des Abs. 4 behält auch neben der allgemeinen Vorschrift des § 117 Abs. 2 (mit § 135) des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889 ihre Bedeutung, nach welcher die Verjährung zugunsten eines Genossenschafters durch die gegen die Genossenschaft gerichteten Rechtshandlungen unterbrochen werde. Die Anmeldung im Konkurse der Genossenschaft ist nicht als eine gegen die Genossenschaft gerichtete Handlung anzusehen, weil die Genossenschaft durch die Konkurseröffnung aufgelöst wird. (§ 94 Gen.-Ges.) Dieser Ge-

danke ist allerdings nicht folgerichtig durchgeführt. (Vgl. § 97 Gen.-Ges.) Aber bezüglich der Verjährung würde derselbe ohne die Vorschrift des Abs. 4 wohl durchschlagen. Hinsichtlich der blossen Nachschusspflicht (§ 2 Z. 2 Gen.-Ges.) ist eine besondere Verjährungsfrist nicht bestimmt; die ausgeschiedenen Genossenschafter sind daher von der Beitragspflicht im Konkurse der Genossenschaft (§ 122, 123) nur dann befreit, wenn zu ihren Gunsten die gewöhnliche Verjährung des bürgerlichen Rechtes abgelaufen ist.

§ 4.

Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs-, Falliments-, Gant-, Debitverfahren, über gerichtliche, zur Abwendung oder Einleitung eines solchen Verfahrens dienende Stundungs- und Nachlassverhandlungen, konkursmässige Einleitungen, Vermögensuntersuchungen, über die Rechtswohlthat der Güterabtretung und die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung einer allgemeinen Zahlungsstundung sowie über das Konkursrecht, insoweit nicht in der Konkursordnung auf dieselben verwiesen oder bestimmt ist, dass sie nicht berührt werden.

Aufgehoben werden die Strafvorschriften, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind.

§ 5.

Unberührt bleiben:

1. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Lehen, Stammgüter oder Familienfideikommisse betreffen;
2. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechtes unter Strafe stellen.

(E. §§ 4 und 5; M. S. 467—469; K. S. 134, 202—204.)

I. Aufhebung landesgesetzlicher Bestimmungen. (§ 4.)

1) Die Konkursordnung macht landesgesetzliche Vorschriften, welche das von ihr beherrschte Gebiet betreffen, überflüssig. Deshalb wurden, soweit nicht ausdrücklich auf dieselben in der Konkursordnung verwiesen oder von ihr ausgesprochen ist, dass dieselben unberührt bleiben sollen (vgl. §§ 20, 35, 39, 43, 45, 106, 116, 180), nicht bloss die mit der Konkursordnung in Widerspruch stehenden, sondern auch solche auf den Konkurs bezügliche Vorschriften des Landesrechtes aufgehoben und für die Zukunft ausgeschlossen, welche nicht in die Konkursordnung aufgenommen sind und an sich neben den Bestimmungen der letztern bestehen könnten. (M. S. 467.) Auch die auf dem Staatsvertrage eines Bundesstaates beruhenden oder in einem solchen Vertrage enthaltenen landesgesetzlichen Vorschriften haben durch § 4 des E.-G ihre Kraft verloren. Solche Vertragsbestimmungen haben für die Staatsangehörigen nur deshalb bindende Kraft, weil ihnen dieselbe durch einen Befehl des Staates beigelegt worden ist. Dem Reichsgesetze müssen auch solche Vor-

schriften weichen, denen stärkere Wirkungen als förmlichen Landesgesetzen nicht zukommen. So wenig ein Bundesstaat in der Lage ist, durch neu abgeschlossene Staatsverträge ein Reichsgesetz abzuändern, so wenig lässt sich der Satz aufrechterhalten, dass solche Staatsverträge durch die Reichsgesetzgebung nicht berührt werden. [1])

2) Durch die im § verfügte Aufhebung, welche in gleicher Weise durch das Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung (§ 14) erfolgt ist, werden zunächst alle landesrechtlichen Vorschriften über das Verfahren betroffen, möge es den Namen Konkursverfahren oder einen andern tragen. Den Bestimmungen über das Konkursverfahren selbst sind im Gesetze die Vorschriften gleichgestellt, welche sich auf die Einleitung oder Abwendung desselben beziehen. Insbesondere sind auch diejenigen Landesgesetze aufgehoben, welche dem Schuldner gestatten, sich durch Güterabtretung von weiterer Verfolgung zu befreien oder die Möglichkeit geben, allgemeine Zahlungsstundungen zu bewilligen. Die Befugnis zur Gewährung von Zahlungsfristen in einzelnen Prozessen ist durch das Einführungsgesetz zur Civilprozessordnung (§ 14 Z. 4) beseitigt.

Ausser den Vorschriften über das Verfahren werden durch § 4 Abs. 2 auch die landesgesetzlichen Strafbestimmungen, welche sich auf den Konkurs beziehen, beseitigt, da der im Einführungsgesetze zum Strafgesetzbuche (§ 2 Abs. 3) gemachte Vorbehalt durch das Inkrafttreten der Konkursordnung erledigt worden ist. (Vorbem. II. zu §§ 209 ff. S. 578.) Aufgehoben sind endlich die materiellen Vorschriften der Landesgesetze über Konkurs, gleichviel ob dieselben in Konkursordnungen, Prozessgesetzen, bürgerlichen Gesetzbüchern oder in andern Rechtsquellen enthalten sind — das sogenannte Konkursrecht. Dieser Ausdruck begreift in sich die Bestimmungen über die rechtlichen Voraussetzungen der Konkurseröffnung und über die Wirkungen der letztern für den Gemeinschuldner, für die einzelnen Gläubiger, für die Schuldner des Gemeinschuldners und für dritte Personen einschliesslich der Absonderungsberechtigten. Hienach ist unter anderem auch die Bevorzugung des Fiskus und der Gemeinde beseitigt, welche in § 34 der preussischen Konkursordnung vorgesehen war und nicht durch § 41 Z. 1 der K.-O. aufrechterhalten worden ist. Ebenso ist die Rechtswohlthat des Notbedarfes aufgehoben. (Bem. IV. zu §§ 149 ff. S. 484.) Der Begriff des Konkursrechtes umfasst dagegen nicht die Einwirkung auf Rechtsverhältnisse, soweit diese oder deren Wirkung ausserhalb des Bereiches eines Konkursverfahrens bleiben, also nicht z. B. die Rechte eines Aussonderungsberechtigten gegenüber einem dritten Erwerber der Sache, die Rangverhältnisse verschiedener Absonderungsgläubiger, die Einwirkung des Konkurses des Hauptschuldners auf das Verhältnis des Gläubigers zu einem Bürgen u. s. w. (M. S. 468.)

Bezüglich des Art. 2102 des Code civil ist Bem. IV. zu § 21 S. 85 zu vergleichen.

II. Vorschriften, welche in Kraft bleiben. (§ 5.)

1) Die Aufrechterhaltung der landesrechtlichen Vorschriften über Lehen, Stammgüter und Familienfideikommisse hat in ähnlichen Erwägungen ihren Grund wie § 45 der K.-O., der in Ansehung der abgesonderten Befriedigung der Lehensgläubiger u. s. w. die Vorschriften der Landesgesetze für massgebend erklärt. Die abgesonderte und in sich geschlossene Natur dieser Rechtsinstitute erforderte, dass auch die sonstigen dieselben betreffenden landesrechtlichen Vorschriften, welche dem Konkursverfahren und dem Konkursrechte angehören, namentlich die Vorschriften über Lehenskompetenz, von den Bestimmungen der Konkursordnung unberührt bleiben.

[1]) Vgl. Laband, Staatsrecht § 66 Bd. II. S. 195 ff. und die dort angeführten Schriftsteller, ferner Petersen in der jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. VI. S. 324 ff. und dessen Kommentar zur C.-P.-O. Bem. I. zu §§ 660, 661 S. 924, sowie die dort angegebene Litteratur; endlich R.-G. (II.) 10. Juli 1888, jur. Zeitschr. für E.-L. Jahrg. XIII. S. 425 ff., bes. S. 430 ff. A. M. R.-G. (VI.) 1. Juli 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 326, 327.

2) Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Strafbarkeit einer nicht oder nicht vorschriftsmässig erfolgten Anzeige des zwischen dem Gemeinschuldner und seinem Ehegatten bestehenden Güterrechtes (vgl. z. B. pr. E.-G. zum H.-G.-B. Art. 41, 52 § 2 und E.-G. für E.-L. Art. VII.) hängen so eng mit dem ehelichen Güterrechte zusammen und sind so sehr erforderlich zum Schutze des Kredites, dass ihre Aufrechterhaltung neben den Strafbestimmungen der Konkursordnung als geboten angesehen wurde. (M. S. 469.)

§ 6.

Die Bestimmungen der §§ 193, 194, 196, 214 der Konkursordnung finden auf Vereine und registrierte Gesellschaften, welche auf Grund der bayerischen Gesetze vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Vereine sowie der Erwerbs- und Wirtschaftsgesellschaften, bestehen, entsprechende Anwendung.

(E. § 6; M. S. 469, 470; K. S. 135.)

Die Vorschrift des § hat nur für Bayern Bedeutung. Dort wurden durch die Gesetze vom 29. April 1869 die Verhältnisse der „anerkannten Vereine" und der „registrierten Gesellschaften" (Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit beschränkter Haftbarkeit) in besonderer, von den übrigen Landesgesetzen abweichender Weise geregelt. Auch wurde bei Einführung des Reichsgenossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 in Bayern im Gesetze vom 23. Juni 1873 die Geltung der bayerischen Gesetzgebung für die vor dem 1. August 1873 eingetragenen „registrierten Gesellschaften" vorbehalten. Die konkursrechtlichen Bestimmungen der bayerischen Gesetze konnten nicht nach der Regel des § 4 ohne weiteres in Wegfall kommen, weil sie in der Konkursordnung keinen Ersatz gefunden haben würden. Anstatt die auf den Konkurs bezüglichen Vorschriften der gedachten Gesetze vom 29. April 1869 bestehen zu lassen, entschloss man sich aber, an deren Stelle die entsprechenden Bestimmungen der Konkursordnung zu setzen. (M. S. 470.) Ohne Zweifel finden alle diese Vorschriften sowohl auf anerkannte Vereine wie auf registrierte Gesellschaften Anwendung, nicht etwa die §§ 193, 194 auf Vereine und die Vorschriften über Genossenschaften auf registrierte Gesellschaften.[1]) An die Stelle des § 196 sind übrigens jetzt die §§ 97 und 109 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 1. Mai 1889, betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, getreten. (§ 153 Abs. 2 dieses Gesetzes.)

§ 7.

In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Konkursordnung nur insoweit Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

(E. § 7; M. S. 470; K. S. 135.)

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 77 Nr. III.

Die Vorschrift des § entspricht den Bestimmungen der Einführungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetze, zur Civilprozessordnung und zur Strafprozessordnung (§ 5 bezw. 4). Bezüglich der an sich klaren Bestimmungen ist noch auf die Erläuterungen im Kommentar von Petersen zu § 5 des E.-G. zur C.-P.-O. zu verweisen.

§ 8.

Ein vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Konkursordnung auf die Erledigung der vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung anhängig gewordenen Konkurssachen für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Übergangsbestimmungen zu erlassen.

(E. § 8; M. S. 470; K. S. 135.)

Nach § 8 sind diejenigen Konkursverfahren, welche am 1. Oktober 1879 bereits eröffnet worden waren, nach dem bisher geltenden Rechte zu erledigen,[1]) sofern die Landesgesetzgebung nichts anderes bestimmt. Dies gilt sowohl in Ansehung des Verfahrens als bezüglich des materiellen Konkursrechtes. Auch hinsichtlich der geltend zu machenden Vorrechte kommt es lediglich darauf an, ob das Verfahren vor oder nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden ist. (Vgl. Bem. I. 1 zu § 54 S. 270.) Ein vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Verfahren ist nach den bisherigen Gesetzen durchzuführen und nach diesen sind die in dem Verfahren zur Erledigung gelangenden Rechtsverhältnisse zu beurteilen.

Für die Frage, ob das Konkursverfahren vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung bereits eröffnet war, ist das bisher geltende Recht entscheidend. Es kommt lediglich darauf an, ob nach diesem Rechte die Eröffnung schon vor dem 1. Oktober 1879 bewirkt war. Dass die richterliche Verfügung, durch welche das Verfahren eröffnet worden ist, vor dem 1. Oktober 1879 bereits die Rechtskraft erlangt hatte, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es nach der klaren Fassung des §, dass der in Frage stehende Beschluss vor dem entscheidenden Tage ergangen ist. Wie bezüglich der Civilprozessordnung (§ 18 E.-G.) lediglich der Zeitpunkt der Anhängigkeit des Rechtsstreites entscheidend ist, ohne dass es auf die Zulässigkeit der Klage u. s. w. ankommt, so hier lediglich die Thatsache der stattgehabten Eröffnung. Wird der Eröffnungsbeschluss aufgehoben, so fällt damit das ganze Verfahren zusammen. Bleibt derselbe aber in Kraft, so ist für das ganze Verfahren der Zeitpunkt der Eröffnung massgebend.[2]) Ob der Eröffnungsbeschluss mit Recht erlassen wurde, ist gleichfalls nach dem früher geltenden Rechte zu entscheiden, und ebenso ist nach diesem zu beurteilen, in welcher Weise der Beschluss angefochten werden kann und welche Rechtsmittel gegen ein der Anfechtung stattgebendes oder dieselbe zurückweisendes Erkenntnis zulässig sind.[3]) Ist in der Sache ein rechtskräftiges Urteil ergangen, so finden gegen dasselbe als „ausserordentliche Rechtsmittel" nur die Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozessordnung statt. (§ 20 E.-G. zur C.-P.-O.)

[1]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 23; v. Völderndorff Bd. III. S. 80; v. Wilmowski S. 490; R.-G. (III.) 10. Nov. 1882 und (II.) 17. Dez. 1886, jur. Wochenschr. 1883 S. 5, Entsch. Bd. XVII. S. 41 ff.

[2]) Vgl. v. Sarwey S. 898 Nr. 2; Stieglitz S. 728; v. Völderndorff Bd. III. S. 80, 81; Willenbücher S. 259.

[3]) Vgl. Stieglitz S. 728, 729; v. Völderndorff Bd. III. S. 81 Anm. 6.

Wenn über das Vermögen einer Person, welche zur Zeit einen Gehalt bezieht, das Konkursverfahren eröffnet wird, so ist nicht bloss die Frage, ob der Gehalt in die Masse fliesst, sondern auch die weitere Frage, bis zu welcher Höhe derselbe zur Masse gehört, nach dem Rechte zu beurteilen, welches zur Zeit der Konkurseröffnung gilt. Das Gesetz macht in dieser Beziehung einen Unterschied nicht. Es kann deshalb auch nicht anerkannt werden, dass die Frage, in welcher Höhe Gehaltsabzüge gemacht werden dürfen, nach demjenigen Gesetze zu beurteilen ist, welches zur Zeit des Anfalles der einzelnen Gehaltsteile gilt.[1]) Eine Nachtragsverteilung, welche sich auf ein vor dem 1. Oktober 1879 anhängig gewordenes Konkursverfahren bezieht, ist als ein Bestandteil des frühern Verfahrens zu behandeln und in den Formen des ältern Rechtes bezw. nach Massgabe des etwaigen frühern „Prioritätsurteiles“ zu erledigen.[2])

§ 9.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen auf eine vor dem bezeichneten Tage vorgenommene Rechtshandlung Anwendung, sofern nicht dieselbe nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen ist.

§ 10.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der §§ 42, 48 Z. 3, 49 der Konkursordnung auf eine vor dem bezeichneten Tage abgetretene oder erworbene Forderung Anwendung, sofern nicht die bisherigen Gesetze eine Aufrechnung zulassen oder eine Verpflichtung zum Schadenersatze nicht oder in geringerem Umfange begründen.

§ 11.

In einem am Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung oder nach diesem Tage eröffneten Konkursverfahren finden die Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes über abgesonderte Befriedigung auf Pfand- und Vorzugsrechte Anwendung, wenngleich dieselben oder die Forderungen vor dem bezeichneten Tage erworben sind.

[1]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 14. Mai 1880, Samml. Bd. VIII. S. 415. A. M. v. Völderndorff in Buschs Zeitschr. Bd. II. S. 186 ff. und O.-L.-G. München 23. Dez. 1879 ebendaselbst.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 7. Okt. 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 475.

§ 12.

Insoweit Pfand- und Vorzugsrechte, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung auf Grund eines Vertrages, einer letztwilligen Anordnung oder einer richterlichen Verfügung erworben oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind, zufolge der Bestimmungen der Konkursordnung und dieses Gesetzes ihre Wirksamkeit verlieren, kann die Landesgesetzgebung für die Forderung des Berechtigten ein Vorrecht vor allen oder einzelnen der im § 54 der Konkursordnung bezeichneten Forderungen gewähren.

Ist das Pfand- oder Vorzugsrecht auf einzelne bewegliche Gegenstände des Schuldners beschränkt, so kann das Vorrecht nur in Höhe des Erlöses derselben gewährt werden.

Das durch die vorstehenden Bestimmungen vorbehaltene Vorrecht kann nicht gewährt werden für ein zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkurseröffnung eröffnetes Konkursverfahren, wenn nicht das Vorrecht dadurch erhalten wird, dass dasselbe bis zum Ablaufe der zwei Jahre zur Eintragung in ein öffentliches Register vorschriftsmässig angemeldet ist. Der Erlass von Vorschriften über die Einrichtung solcher Register sowie über die Anmeldung und Eintragung der Forderungen bleibt der Landesgesetzgebung vorbehalten.

§ 13.

Die Landesgesetzgebung kann der Ehefrau, den Kindern und den Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners für Forderungen, welche vor dem Tage des Inkrafttretens der Konkursordnung entstanden sind, ein Vorrecht nach Massgabe des § 12 Abs. 1, 2 insoweit gewähren, als ein gesetzliches Pfand- oder Vorzugsrecht der Ehefrau, der Kinder oder der Pflegebefohlenen nach den bisherigen Gesetzen bestanden hat.

Auf das Vorrecht der Ehefrau findet die Bestimmung des § 12 Abs. 3 entsprechende Anwendung.

Den Kindern und den Pflegebefohlenen kann das Vorrecht für ein fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnetes Konkursverfahren nicht gewährt werden.

(E. §§ 9—13; M. S. 470—476; K. S. 135—138, 205—211.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Die §§ 9—13 betreffen die Anwendbarkeit der Konkursordnung auf Konkurse, welche nach dem 1. Oktober 1879 eröffnet worden sind, auf welche sonach § 8 des E.-G. nicht zur Anwendung kommt. Wenn auch in derartigen Konkursen das Verfahren sich nach der Konkursordnung richten muss, so bedurfte es doch besonderer Bestimmungen hinsichtlich derjenigen Rechtsverhältnisse, welche am 1. Oktober bereits begründet waren. Diese Vorschriften sind in den §§ 9 ff. enthalten. Hiebei bot Schwierigkeiten nur die Anwendung der Bestimmungen des Konkursrechtes (Buch I.) auf die vor dem Geltungstermine entstandenen Rechtsverhältnisse. Die unmittelbaren Wirkungen, welche die Konkurseröffnung ausübt und welche der erste Titel in Ansehung des Umfanges der Konkursmasse (§ 1), der Rechte der Gläubiger an derselben (§§ 2—4), in Ansehung ihrer Verwaltung und der Verfügung über die Massegegenstände (§§ 5—9) sowie der Verfolgung von Forderungen gegen den Gemeinschuldner (§§ 10—14) festsetzt, mussten unzweifelhaft Anwendung finden, weil die vor der Eröffnung des Konkurses und dem Inkrafttreten des Gesetzes begründeten Rechtsverhältnisse diesen unmittelbaren Wirkungen der Konkurseröffnung unterworfen sind. Gleiches galt von den Bestimmungen des zweiten Titels (§§ 15—21) über die Erfüllung schwebender Verträge. Insbesondere fallen Erweiterungen, welche das bisherige Konkursrecht für Vindikationen im Konkurse aufgestellt hat, in einem nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffneten Konkurse hinweg. Aufgehoben sind nicht bloss die bisherigen besondern Rechte der Käufer und Verkäufer (Bem. I. 1 zu § 36 S. 179), sondern auch das gemeinrechtliche Vorzugsrecht der Ehefrau des Gemeinschuldners aus l. 30 C. de jure dot. 5, 12 in Bezug auf abgeschätzte Dotalsachen. (Vgl. Bem. 1 zu § 37 S. 192.) Aus demselben Grunde kommen die Erweiterungen, welche die Konkursordnung in den §§ 36, 38 gewährt, den früher erworbenen Eigentumsansprüchen zu gute. Ihnen könnten nur die Rechte der Konkursgläubiger auf die Konkursmasse entgegengehalten werden; aber diese werden auch erst durch die Konkurseröffnung und nach Massgabe der Konkursordnung begründet. — Hinwieder erscheinen die Beschränkungen, welche ein Eigentümer in der Verfolgung seiner Eigentumsrechte im Konkurse erleidet, als eine Bevorzugung der Konkursgläubiger. Auch diese Beschränkungen fallen demnach hinweg; insbesondere die von der Konkursordnung aufgegebenen bisherigen Vindikationsbeschränkungen der Ehefrau. Die Beschränkungen der Konkursordnung würden, soweit sie nicht schon bei dem Erwerbe der Eigentumsrechte in Geltung waren, auf diese nicht zurückgreifen können. Die einzige Beschränkung dieser Art, die in § 37 der Ehefrau auferlegte Beweispflicht, wird aber für kein Rechtsgebiet als eine Neuerung zu erachten sein. Bezüglich dieses § besteht eine Meinungsverschiedenheit, ob derselbe als prozessualische Bestimmung unbedingt durchgreift oder ob derselbe eine materielle Beschränkung des Eigentumserwerbes infolge der Konkurseröffnung enthält und deshalb auf ältere Konkurse keine Anwendung findet. (Vgl. K. S. 135.) Bei der bestimmten Fassung des § und da das Gesetz von dem Grundsatze ausgeht, dass die konkursrechtlichen Vorschriften der Konkursordnung in der Regel auch dann zur Anwendung kommen sollen, wenn es sich um früher entstandene Rechtsverhältnisse handelt, ist anzunehmen, dass die Anwendung der erwähnten Vorschrift nicht ausgeschlossen bezw. beschränkt ist. Für diese Annahme spricht auch die Natur der Bestimmung, die zwar nicht in prozessualischen sondern in sachlichen Erwägungen ihren Grund hat, aber doch nur die Beweislast regelt, indem sie die Vermutung, die sonst durch den Besitz begründet wird, hier nicht gelten lässt. (Bem. 2 zu § 37 S. 193.) Die Beweislast bestimmt sich nicht nach dem zur Zeit der Entstehung des Anspruches geltenden Rechte, sondern nach den Vorschriften, welche zur Zeit der Entscheidung über dieselbe gelten.[1]) Masseansprüche (Titel 7) ent-

[1]) Vgl. Hullmann S. 367; v. Völderndorff Bd. III. S. 83. A. M. v. Sarwey S. 898 Nr. 1; Stieglitz S. 730; Willenbücher S. 259 Nr. 3; v. Wilmowski S. 491.

stehen erst nach der Konkurseröffnung; in einem nach dem 1. Oktober 1879 eröffneten Konkurse sind dieselben also stets unter der Herrschaft des neuen Rechtes entstanden. Bezüglich der Rangverhältnisse der Konkursgläubiger endlich und des Umfanges ihrer Rechte für den Konkurs ist ebenfalls die Konkursordnung massgebend.

II. Besondere Bestimmung über das Anfechtungsrecht. (§ 9.)

Das Anfechtungsrecht (Buch I. Titel 3) setzt wohlerworbene Rechte voraus. Demselben liegt die Auffassung zugrunde, dass die Handlung des Gemeinschuldners demjenigen gegenüber, mit welchem oder für welchen er sie vorgenommen hat, gültig erfolgt ist. Die von dem Gemeinschuldner veräusserten Sachen werden aber zur Konkursmasse gezogen, indem der Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger zur Herausgabe verpflichtet wird. (Bem. III. 2 zu § 22 S. 100.) Da das Anfechtungsrecht in dem Konkurse seine Begründung und seinen Ursprung findet, entscheidet das zur Zeit der Konkurseröffnung, nicht das zur Zeit der Veräusserung oder sonstigen Rechtshandlung geltende Recht über dessen Bestehen. Dieses Recht entscheidet die Frage, von wem, in welcher Weise und wie lange die Anfechtung im Konkurse ausgeübt werden kann (K.-O. §§ 29, 34); es begrenzt ferner den Umfang des Anfechtungsrechtes, die Anfechtbarkeit und die Wirkung einer Anfechtung. Wenn und soweit die Konkursordnung eine Anfechtung nicht gewährt, kann die Anfechtung auch dann nicht erfolgen, wenn die vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung vorgenommene Handlung nach bisherigem Gesetze hätte angefochten werden können. In Ansehung des Dritten dagegen greift das Anfechtungsrecht die Wirksamkeit des von ihm geschehenen Erwerbes an; der Dritte kann sich aber auf sein gültig begründetes, wohlerworbenes Recht berufen. Wenn und soweit er nach dem zur Zeit seines Erwerbes geltenden Rechte unanfechtbar erworben hatte, können die neuen Bestimmungen der Konkursordnung deshalb eine Anfechtung gegen ihn nicht begründen. Durch § 9 soll dieser Auffassung Ausdruck gegeben werden. (M. S. 472.)

III. Vorschrift über das Recht der Aufrechnung. (§ 10.)

Die Aufrechnung wird in der Konkursordnung als Deckungsrecht behandelt. (Vorbem. 1 zu §§ 46 ff. S. 238.) Deshalb erscheint die Erweiterung der Aufrechnungsbefugnis für den Konkurs (§ 47) in derselben Weise wie die Erweiterung eines Vindikationsanspruches als eine den Konkursgläubigern gegenüber zugestandene Sicherung, bezüglich deren die Konkursordnung Anwendung finden muss. (Vgl. auch Bem. I.) Ebenso müssen die Vorschriften über die Unzulässigkeit der Aufrechnung, welche die beiden ersten Ziffern des § 48 enthalten, auch dann Anwendung finden, wenn die Forderung des Gläubigers (Z. 1) oder die Schuld desselben (Z. 2) vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung entstanden war. Die Aufrechnungsbefugnis würde ja erst nach der Konkurseröffnung, also unter der Herrschaft der Konkursordnung entstanden sein. Anders liegt der Fall der Z. 3. Die hier vorgeschriebene Unzulässigkeit einer Aufrechnung sowie die in den §§ 49, 42 festgesetzte Entschädigungspflicht beruhen auf dem Anfechtungsrechte. In Ansehung derselben mussten daher die nämlichen Grundsätze platzgreifen. (M. S. 472.)

IV. Anwendung der Konkursordnung auf früher entstandene Pfandrechte und Vorzugsrechte. (§§ 11—13.)

1) In derselben Weise wie bezüglich der bisher erörterten Rechtsverhältnisse gilt hinsichtlich der Absonderungsrechte der allgemeine Grundsatz, dass die Vorschriften der Konkursordnung auch dann entscheidend sind, wenn der in Frage stehende Anspruch vor dem Inkrafttreten derselben entstanden ist. Ein von der Konkursordnung zugelassenes Absonderungsrecht kommt den ältern Ansprüchen selbst dann zustatten, wenn das frühere Recht ein solches nicht gewährte; Absonderungsrechte, welche die Konkursordnung nicht

anerkennt, verlieren dagegen ihre Geltung. (M. S. 473.) Mit Rücksicht auf die einschneidenden Änderungen, welche die Konkursordnung in dieser Beziehung mit sich brachte, wurden zugunsten wohlerworbener Rechte in den §§ 12 und 13 Ausnahmebestimmungen getroffen. Dabei ist aber die Auffassung festgehalten worden, dass nicht ein Absonderungsrecht, sondern nur ein Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung im Sinne des § 54 gewährt werden könne. (M. S. 473.) Auch soweit es sich um die Einräumung von Vorzugsrechten handelt, wurde es nicht für die Sache der Reichsgesetzgebung gehalten, einheitlich zu bestimmen, welche der bisherigen Vorzugsrechte und in welchem Umfange dieselben berücksichtigt werden sollen. Vielmehr ist dies nach den §§ 12 und 13 der Landesgesetzgebung überlassen. Durch das Einführungsgesetz wurden nur Normativbestimmungen aufgestellt. Diese bezeichnen die Schranken, innerhalb deren der Rücksicht auf die von der Konkursordnung beseitigten Vorrechte Rechnung getragen werden kann. Die Landesgesetzgebung wurde nicht ermächtigt, den im § 23 des Einführungsgesetzes zur Civilprozessordnung ausgesprochenen Vorbehalt auch für das Konkursrecht zu verwirklichen. Bei einer derartigen Auffassung würde das Vorrecht jener Gläubiger zu einem Absonderungsrechte erweitert werden, indem sie nun als Absonderungsberechtigte auftreten könnten, während sie früher gewöhnliche Konkursgläubiger waren.[1]) Wenn an dem Gegenstande des Vertragspfandes Absonderungsrechte nach der Konkursordnung nicht geltend gemacht werden können, so kann hienach auch der auf Grund des Vertragspfandes Vorzugsberechtigte nur verlangen, dass er vor den Konkursgläubigern an der ihm durch das Landesrecht angewiesenen Stelle berücksichtigt werde. Ist bezüglich des Gegenstandes des Vertragspfandes ein späteres Pfändungspfandrecht begründet und hat das Landesrecht von dem Vorbehalte des § 23 E.-G. zur C.-P.-O. Gebrauch gemacht, so ist der Gläubiger dagegen in der Lage, auf Grund dieser Bestimmung dem Pfändungsgläubiger gegenüber sein Vorzugsrecht geltend zu machen und Befriedigung aus dem abgesonderten Gegenstande vor dem Absonderungsberechtigten zu fordern. Daran kann der Konkurszustand des Schuldners nichts ändern. Der Vorzugsberechtigte macht hier nicht das Absonderungsrecht geltend; nicht auf sein Verlangen, sondern auf Verlangen des Pfändungsgläubigers wird der Gegenstand zur abgesonderten Befriedigung hinausgegeben. Allerdings kann auf diesem Wege der Vorzugsberechtigte besser wegkommen, als wenn die Sache nicht gepfändet wäre; allein das ist die Folge des Vorbehaltes von § 23 E.-G. zur C.-P.-O. in seiner ordnungsmässigen Anwendung, nicht Folge unzulässiger Ausdehnung des Vorbehaltes in § 12 des E.-G. zur K.-O.[2])

2) Durch § 12 soll die landesgesetzliche Berücksichtigung derjenigen (allgemeinen oder besondern) Pfand- und Vorzugsrechte ermöglicht werden, welche auf einem Vertrage oder einer letzwilligen Anordnung oder auf einer richterlichen Verfügung beruhen. Die Worte „oder in Bankstatuten den Banknoteninhabern rechtsgültig zugesichert sind“ wurden von der Reichstagskommission beigefügt, um jeden Zweifel darüber auszuschliessen, dass auch diejenigen Pfand- und Vorzugsrechte, welche den Inhabern von Banknoten vor Einführung der Konkursordnung eingeräumt worden sind, durch die Landesgesetzgebung aufrechterhalten werden können. (K. S. 137, 210, 211.) Übrigens bezieht sich die Vorschrift des § nur auf Pfand- und Vorzugsrechte an beweglichen Sachen, welche nach § 3 des E.-G. ihre Wirkung verlieren. Wenn sich das aufrechterhaltene Generalpfandrecht, wie z. B. in Mecklenburg, früher auf alle Vermögensgegenstände bezog, ohne Rücksicht darauf, ob sie

[1]) Vgl. Meisner S. 398 Anm. 2; v. Sarwey S. 902 Nr. 4; Willenbücher S. 262 Nr. 4; v. Wilmowski S. 494, 495; R.-G. (I.) 6. Okt. 1880, Entsch. Bd. II. S. 93 ff.; Ldg. Frankfurt 29. Jan. 1884, Frankf. Rundschau 1884 S. 96.

[2]) Vgl. Barkhausen in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 807 ff.; Willenbücher S. 262 Nr. 4; v. Wilmowski S. 494, 495; O.-L.-G. Rostock 22. Dez. 1882 u. 25. Mai 1884, Mecklenb. Zeitschr. Bd. IV. S. 353 ff., bes. 358 ff., Bd. V. S. 320 ff. A. M. R.-G. (I.) 6. Okt. 1880, Entsch. Bd. II. S. 93 ff.

zur Zeit der Begründung des Pfandrechtes im Vermögen des Schuldners waren oder erst später erworben wurden, so hat auch das Vorzugsrecht diese Ausdehnung; es kommt nicht darauf an, ob die zur Masse gehörigen Sachen vor oder nach dem 1. Oktober 1879 erworben sind.[1]) Pfand- und Vorzugsrechte an unbeweglichen Sachen werden durch die Konkursordnung überhaupt nicht berührt. (Bem. 3 zu § 39 S. 206.) Der Vorbehalt für die Landesgesetzgebung ist deshalb nach dieser Richtung gegenstandslos.

Durch die Vorschrift in Abs. 2 ist das landesgesetzlich aufrechterhaltene Vorzugsrecht hinsichtlich der Höhe beschränkt. Diese Beschränkung ist auch dann wirksam, wenn sie im Landesgesetze nicht wiederholt worden ist.

Durch Abs. 3 wird dafür gesorgt, dass auch die vor Einführung der Konkursordnung begründeten und aufrechterhaltenen Vorzugsrechte spätestens vor Ablauf einer Frist von zwei Jahren erkennbar gemacht werden. Der Erlass der Vorschriften, welche die Einrichtung solcher öffentlichen Register und die Anmeldung der Vorzugsrechte betreffen, ist der Landesgesetzgebung vorbehalten, welche insbesondere auch zu bestimmen hat, ob und in welcher Weise eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung zu erlassen, eine Feststellung des Ranges der einzelnen angemeldeten Forderungen vorzunehmen, und wie die Eintragung zu bewirken ist. Soweit die Landesgesetzgebung von dem Vorbehalte nicht Gebrauch macht, oder sofern der Gläubiger die vorschriftsmässige Anmeldung unterlassen hat, soll in den zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffneten Konkursen das Vorrecht nicht mehr platzgreifen. (M. S. 474, 475.)

3) Bezüglich der **gesetzlichen** Hypotheken und Vorzugsrechte liegt der Konkursordnung die Auffassung zu Grunde, dass solche, soweit sie nach der Konkursordnung ein Vorzugsrecht fernerhin nicht gewähren, ihre Wirksamkeit auch dann verlieren, wenn es sich um einen bereits vor der Einführung der Konkursordnung entstandenen Anspruch handelt. (M. S. 475.) Nur zugunsten der Ehefrau sowie der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners ist in § 13 eine Ausnahme von diesem Grundsatze gemacht worden. Der Landesgesetzgebung steht hienach die Befugnis zu, diesen Personen in derselben Weise ein Vorzugsrecht einzuräumen, wie es zugunsten der vertragsmässigen und der denselben gleichgestellten Pfand- und Vorzugsrechte nach § 12 gestattet ist. Für die Ehefrau gilt bezüglich der Erkennbarmachung die Vorschrift des § 12 Abs. 3. Den Kindern und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners, welchen in § 54 der Konkursordnung für die häufigsten und wichtigsten ihrer Forderungen ein Vorzugsrecht eingeräumt ist, durfte das Vorrecht nur hinsichtlich solcher Konkurse gewährt werden, welche innerhalb fünf Jahren nach dem Inkrafttreten der Konkursordnung eröffnet worden sind. Dagegen ist eine Eintragung in bestimmte Register reichsgesetzlich nicht vorgesehen.

§ 14.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an beweglichen körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten hat.

Das Absonderungsrecht besteht ohne Übergabe der Sache sofern:

1. nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 9. Okt. 1882, jur. Wochenschr. 1882 S. 260; O.-L.-G. Rostock 22. Dez. 1882, Mecklenb. Zeitschr. Bd. IV. S. 353 ff., bes. S. 356.

Waren oder andere bewegliche Sachen der Übergabe derselben, oder die Eintragung der Verpfändung in das Schiffsregister oder die Übergabe der mit einem beglaubigten Vermerke der Verpfändung versehenen Schiffsurkunden oder einer beglaubigten Abschrift derselben der Übergabe des verpfändeten Schiffes gleichsteht;

2. über eine Verbodmung nach Vorschrift des Handelsgesetzbuches ein Bodmereibrief ausgestellt ist.

§ 15.

Faustpfandrechte im Sinne des § 40 der Konkursordnung bestehen an Forderungen und andern Vermögensrechten nur:

1. wenn der Drittschuldner von der Verpfändung benachrichtigt ist;
2. wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der körperlichen Sache, welche den Gegenstand des Rechtes bildet, oder der über die Forderung oder das Vermögensrecht ausgestellten Urkunde erlangt und behalten hat;
3. wenn die Verpfändung in dem Grund- oder Hypothekenbuche eingetragen ist.

§ 16.

Die Vorschriften der Landesgesetze, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder weitere Erfordernisse festsetzen, bleiben unberührt.

§ 17.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Bestimmungen zu treffen, nach welchen

1. den Inhabern der von Gemeinden oder andern Verbänden, von Korporationen, Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien oder Genossenschaften ausgestellten Pfandbriefe oder ähnlicher auf Grund erworbener Forderungen von denselben ausgestellter Wertpapiere an solchen Forderungen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft

mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der über die Forderungen lautenden Urkunden übertragen oder auf diesen Urkunden die Gewährung des Pfandrechtes vermerkt wird;

2. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Z. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, an gewissen beweglichen körperlichen Sachen ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung dadurch gewährt werden kann, dass einem Vertreter sämtlicher Inhaber allein oder in Gemeinschaft mit dem Aussteller die Ausübung des Gewahrsams der Sachen übertragen wird;

3. den Inhabern von Schuldverschreibungen, welche von den unter Z. 1 bezeichneten Schuldnern über eine Anleihe ausgestellt sind, ein Vorrecht vor nicht bevorrechtigten Konkursgläubigern, deren Forderungen später entstehen, dadurch gewährt werden kann, dass die zu bevorrechtigenden Forderungen in ein öffentliches Schuldenbuch eingetragen werden.

(E. §§ 14—17; M. S. 476—481; K. S. 138, 139, 204—211.)

1. Allgemeine Bemerkungen.

Die §§ 14—17 enthalten Ergänzungen des § 40 der K.-O., welcher dem Faustpfande die Wirkung eines Absonderungsrechtes beilegt, ohne zu bestimmen, welche Eigenschaften ein Faustpfand haben muss. Dieselben sollen das System der Konkursordnung über abgesonderte und vorzugsweise Befriedigung mit den Normen des bürgerlichen Rechtes über Pfandrecht in Einklang bringen. Sie treffen sowohl solche Ansprüche, welche schon vor der Konkursordnung entstanden sind, als solche, welche erst nach dem Inkrafttreten derselben erworben wurden; ja sie sind vorzugsweise auf Ansprüche der letztern Art berechnet. Wenn ein Faustpfandrecht die in der Konkursordnung vorgesehenen Wirkungen haben soll, muss es unter allen Umständen den Vorschriften der in Frage stehenden §§ entsprechen. Dies genügt aber nicht, damit ein im Sinne der Konkursordnung wirksames Faustpfandrecht anzunehmen ist. Vielmehr bleiben daneben die Vorschriften der Landesgesetze, welche weitere Erfordernisse festsetzen, in Kraft. (§ 16.) Insbesondere sind die landesgesetzlichen Bestimmungen, welche für den Erwerb von Faustpfandrechten mehrere der in den §§ 14, 15 bezeichneten Erfordernisse oder noch weitere Erfordernisse festsetzen, unberührt geblieben. (M. S. 478.) Aber auch nur insoweit kommen die Landesgesetze noch in Betracht. (M. S. 478. Vgl. noch Bem. II. 1 zu § 40 S. 208.)[1])

2. Faustpfandrechte an beweglichen körperlichen Sachen. (§ 14.)

In Abs. 1 des § wird die Regel aufgestellt, dass zur Wirksamkeit eines Faustpfandrechtes an beweglichen körperlichen Sachen im Konkursverfahren die Übergabe des Be-

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 20. Okt. 1886, Entsch. Bd. XIX. S. 26 ff.

sitzes an den Gläubiger vorausgesetzt wird. „Besitzübertragung durch blossen Vertragswillen wird ausgeschlossen. Der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn muss den Gewahrsam der Sache erlangt und behalten haben.“ (M. S. 476.) In der Reichstagskommission erklärte Websky: „Er nehme an, dass „Gewahrsam“ im Sinne des § 14 vorhanden, sobald der Gläubiger thatsächlich in der Lage sei, über die Sachen zu verfügen, ohne dass es einer Übergabe von Hand zu Hand bedürfe.“ Darauf wurde von Hagens erwidert: „Die frühere Unterscheidung zwischen körperlicher und symbolischer Übergabe, wonach unter letztere jede Übergabe falle, welche nicht die Sache von Hand zu Hand übertrage, sei längst aufgegeben. Man verstehe jetzt ziemlich allgemein unter Übergabe denjenigen Akt, durch welchen der, welchem der Besitz übertragen werden solle, thatsächlich in den Zustand gesetzt werde, mit Ausschluss anderer über die Sache zu verfügen. Diesen Zustand nenne die Konkursordnung „Gewahrsam“ und ob dieser Zustand durch einen bestimmten Akt herbeigeführt worden, sei nach Lage des Falles thatsächlich zu entscheiden.“ (K. S. 138, 139.) Nach diesen zutreffenden Ausführungen hängt es von den Umständen ab, ob in einem bestimmten Falle die Übergabe von Schlüsseln, die Bestellung eines Aufsehers, das Zeichnen von Waren u. s. w. eine Übergabe des Besitzes enthält bezw. den Gewahrsam (Bem. II. 4 zu § 36 S. 184) begründet. Das „Behalten“ muss noch fortdauern im Augenblicke der Konkurseröffnung; [1]) dagegen ist es gleichgültig, ob bis dahin der Gewahrsam ununterbrochen fortgedauert hatte. [2]) Das Pfandrecht geht verloren durch den Verlust des Gewahrsams; wenn der Gläubiger denselben vor der Konkurseröffnung verloren hatte und erst nach diesem Zeitpunkte wieder erlangte, so steht der Geltendmachung des Absonderungsrechtes § 12 der K.-O. entgegen, gleichviel, ob der Verlust auf einem rechtmässigen Vorgange beruhte oder auf einer rechtswidrigen Handlung des Schuldners bezw. Dritter, welche den Gläubiger berechtigt, die Sache vom unrechtmässigen Erwerber zurückzuverlangen. Das Gesetz unterscheidet nicht, aus welchem Grunde das „Behalten“ fehlt. (Vgl. auch Bem. II. 2d zu § 41 S. 220 Anm. 1.) [3]) Trat der vorübergehende Verlust erst nach der Konkurseröffnung ein, so steht § 12 der K.-O. der Geltendmachung des Absonderungsrechtes nach wiedererlangtem Gewahrsam nicht entgegen, falls die Wiedererlangung auf Grund des vor der Konkurseröffnung gemachten Erwerbes und auf Grund der Rechtssätze über den Besitzesschutz erfolgt. In diesem Falle wird immerhin der zur Zeit der Konkurseröffnung bestehende Besitz geltend gemacht. Anders liegt die Sache, wenn die Wiedererlangung des nach der Konkurseröffnung verlorenen Gewahrsams auf einem neuen, nach der Konkurseröffnung abgeschlossenen Rechtsgeschäfte beruht, weil dem neuen Erwerbe eines Absonderungsrechtes § 12 entgegensteht. Fehlt der Gewahrsam zur Zeit der Geltendmachung des Absonderungsrechtes, so ist dasselbe auch dann unbegründet, wenn im Augenblicke der Konkurseröffnung Gewahrsam vorhanden war. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn der Gemeinschuldner seinem Gläubiger gegenüber unrechtmässiger Besitzer ist, dieser sonach der vom Verwalter vorgebrachten Einrede des mangelnden Besitzes eine Replik aus dem unrechtmässigen Besitze des Schuldners entgegenstellen kann.

Die strenge Durchführung der in Abs. 1 aufgestellten Regel wurde bei Aufstellung der Konkursordnung für unmöglich gehalten, vielmehr das Bedürfnis anerkannt, für einzelne Fälle (sogen. symbolischer Verpfändung), nämlich für eine Verpfändung von Sachen und Waren, welche im laufenden Verkehre befindlich sind, und von Schiffen, welche das bürgerliche Recht als bewegliche Sachen behandelt, ein Absonderungsrecht ohne Übergabe der Sache selbst einzuräumen. Hiebei wurde eine Erkennbarmachung nicht bloss im allgemeinen

[1]) Vgl. R.-G. (V.) 27. Okt. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 398; Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 250, 251.

[2]) Vgl. Endemann, Konkursverf. S. 394; v. Völderndorff Bd. III. S. 102; R.-G. (V.) 27. Okt. 1886 a. a. O.

[3]) So auch v. Völderndorff Bd. III. S. 103; v. Wilmowski S. 501 Nr. 2. Vgl. dagegen Endemann, Konkursverf. S. 394.

vorgeschrieben. Vielmehr wurde es als notwendig erachtet, diejenigen Fälle civilrechtlicher Verpfändung bestimmt zu bezeichnen, in welchen die Erkennbarkeit als hinreichend bewirkt gelten soll. Es handelt sich hier um die Fälle einer Verbodmung von Schiff, Fracht oder Ladung durch Ausstellung des Bodmereibriefes nach Vorschrift der Art. 680 ff. des H.-G.-B., und um diejenigen einer Verpfändung des Schiffes durch Eintragung in das Schiffsregister oder mittels der urkundlich oder in beglaubigter Abschrift übergebenen Schiffspapiere, sowie um die Fälle einer Verpfändung von Waren durch Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren. Eine nähere Bezeichnung der letztern wurde vermieden. Der Ausdruck bedeutet, dass blosse Beweisurkunden nicht genügen, vielmehr eine dem rechtlichen Wesen eines Konnossementes entsprechende Verpflichtungsurkunde vorausgesetzt wird, welche den Gläubiger mit Ausschluss des Schuldners in den Stand setzt, über die Sache zu verfügen und ihren Besitz zu erlangen. Der Ausdruck schliesst Ladescheine und Lagerscheine nicht aus. Man wollte aber weder diese ausdrücklich benennen, weil ein einheitliches Recht über die Wirkung derselben nicht besteht, noch mit ihnen den Kreis abschliessen, weil nach Landesrecht noch andern Verpflichtungsscheinen eine den Konnossementen ähnliche Wirkung beigelegt sein kann. (Vgl. Art. 313 Abs. 1, 374 Abs. 1, 382 Abs. 1 H.-G.-B.)

Reichsgesetzliche Vorschriften, nach welchen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren die Übergabe einer Ware oder anderer beweglicher Sachen ersetzen, finden sich, abgesehen von den in § 41 bestätigten gesetzlichen Pfand- und Zurückbehaltungsrechten, in Art. 649 des H.-G.-B. und in § 6 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1870, betr. die Gründung öffentlicher Darlehenskassen. Die in § 3 des Reichsgesetzes vom 10. Juli 1879, betr. die Konsulargerichtsbarkeit, anerkannte Geltung von Handelsgewohnheitsrecht hat nicht die Bedeutung, dass dieses auch Vorschriften der Konkursordnung ausser Kraft setzen und ein Absonderungsrecht entgegen den Vorschriften des § 40 der K.-O. und § 14 des E.-G. begründen könnte; denn § 14 des Reichsgesetzes, betr. die Konsulargerichtsbarkeit, schreibt die Geltung der Konkursordnung und des Einführungsgesetzes ohne Vorbehalt vor. Auch die materiellen Vorschriften der Konkursordnung fallen nicht unter den Begriff „bürgerliches Recht“ im Sinne des § 3 a. a. O.[1])

3. *Faustpfandrecht an Forderungen und andern Vermögensrechten.*

Bezüglich der Voraussetzungen, welche vorhanden sein müssen, wenn einer Verpfändung von Forderungen oder andern Vermögensrechten die Wirkung eines Faustpfandrechtes zukommen soll, waren dieselben Erwägungen massgebend, welche zu den Bestimmungen in § 14 führten. Auch hier sollte im wesentlichen die Erkennbarkeit der Verpfändung gesichert werden. (M. S. 477, 478.) Dass das Vorhandensein eines der im § aufgezählten drei Erfordernisse zur Begründung eines Faustpfandrechtes genügt, was nach der Fassung des Gesetzes zweifelhaft sein könnte, wurde von Hagens in der Reichstagskommission (K. S. 139) bestätigt, ohne dass hiegegen Widerspruch erhoben worden wäre. Hiebei wird jedoch immer vorausgesetzt, dass ausserdem den nach der Landesgesetzgebung vorgeschriebenen Erfordernissen genügt ist. (§ 16.) Der Erwerb eines Faustpfandrechtes an einer Forderung durch Übertragung des Papieres setzt noch voraus, dass das zu verpfändende Forderungsrecht an das fragliche Papier geknüpft sei. Die Ablieferungsbescheinigung des Ladungsempfängers im Frachtverkehre ist aber nicht Träger der Forderung auf Bezahlung der Fracht, die Aushändigung dieser Bescheinigung zum Zwecke der Einziehung der Fracht hienach auch nicht Verpfändung dieser Forderung.[2]) Die Art und Weise, in welcher die Benachrichtigung des Drittschuldners zu geschehen hat, ist, wie auch in der Reichstagskommission (K. S. 139) hervorgehoben wurde, nach dem bürgerlichen Rechte zu bemessen. Enthält dieses keine besondern Vorschriften, so genügt jede, wenn auch noch so

[1]) Vgl. R.-G. (I.) 3. Juni 1885, Entsch. Bd. XIV. S. 143 ff.

[2]) Vgl. R.-G. (I.) 28. Juni 1886, Bolze Bd. III. Nr. 1522.

formlose Mitteilung. Der Pfandgläubiger muss jedoch nachweisen, dass eine solche stattgefunden hat.

4. *Absonderungsrecht der Inhaber von Pfandbriefen und Schuldverschreibungen der in § 17 vorgesehenen Art.*

Die Vorschriften des § 17 beruhen auf der Erwägung, dass für die sogen. fundierten oder privilegierten Geldpapiere eine besondere Fürsorge erforderlich sei. Diese wurde in den Motiven damit gerechtfertigt, dass jeder Ausgabe von Pfandbriefen und Hypothekencertifikaten sowie von Banknoten der Gedanke zu Grunde liege, dass den Inhabern bei Zahlungsunvermögen des Schuldners gewisse Gegenstände (Hypothekenforderungen, Vorräte, Metallgeld u. s. w.) zur Deckung und zur abgesonderten Befriedigung haften und vielfach die Meinung bestehe, dass den Inhabern dieser Obligationen ein Vorrecht vor andern Gläubigern zukomme. Es sollten besonders mit Rücksicht auf die künftige Ausgabe solcher Papiere, welchen § 12 nicht zu gute kommt, gesetzgeberische Bestimmungen ermöglicht werden, „die, mit den Grundsätzen der Konkursordnung vereinbar, die erhöhte Sicherheit gewähren, welche der allgemeine Verkehr den in Rede stehenden Papieren beilegt und muss beilegen können“.

Reichsgesetz

vom 21. Juli 1879,

betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens.

Einleitung.

I. Entstehungsgeschichte.

In den Motiven zur Konkursordnung (S. 95) wurde es zwar für wünschenswert erklärt, „dass auch ausserhalb des Konkursverfahrens dieselben Grundsätze (wie im Konkurse) über die gemeinsamen Anfechtungsgründe beständen, denn sonst könnten Gläubiger und Schuldner die Verschiedenheiten leicht missbrauchen, durch Herbeiführung oder Beseitigung eines Konkursverfahrens der Anfechtung einer Handlung vorzubeugen“. Daraus wurde aber nur gefolgert, dass es Aufgabe der einzelnen Landesgesetzgebungen sei, hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen ausserhalb des Konkurses die erforderliche Übereinstimmung mit den für die Anfechtung durch den Konkursverwalter geltenden Grundsätzen herbeizuführen. Die Entwürfe der Ausführungsgesetze zur Konkursordnung, in welchen einzelne Landesregierungen das soeben bezeichnete Ziel angestrebt hatten, zeigten jedoch untereinander nicht unerhebliche Abweichungen (M. S. 11).[1] Dieser Umstand sowie der von einzelnen Regierungen geäusserte Wunsch nach reichsgesetzlicher Regelung[2] veranlasste das Reichsjustizamt zur Ausarbeitung eines Gesetzentwurfes betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens. Diesen Entwurf legte der Reichskanzler am 29. März 1879 dem Reichstage vor. Die erste Lesung fand am 28. April 1879 statt und endete mit der Verweisung des Entwurfes an die XIV. Kommission von 21 Mitgliedern, dieselbe Kommission, welche für den Entwurf eines Reichsgesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit gewählt worden war. Die Protokolle der Kommission über die Beratung des Anfechtungsgesetzes sind nicht im Drucke erschienen. Auch wurde ein schriftlicher Bericht an das Plenum des Reichstages nicht erstattet.[3] In der am 11. Juli 1879 stattfindenden zweiten Lesung teilte vielmehr der Berichterstatter Wolffson lediglich die von

[1]) Hier und in der Folge wird mit M., soweit nicht anders bemerkt, auf die Motive zum Anfechtungsgesetze verwiesen.

[2]) Stenographische Berichte des Reichstages 4. Legislaturperiode II. Session Bd. II. S. 861.

[3]) Vgl. Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Teil IV. S. 763 Anm.

der Kommission beschlossenen Änderungen und deren Antrag mit, dem Entwurfe in der abgeänderten Fassung die verfassungsmässige Zustimmung zu erteilen. Die dritte Lesung im Reichstage fand schon am 12. Juli 1879 statt und endigte mit der Annahme des Antrages der Kommission. Durch die Erhebung des Entwurfes zum Reichsgesetze, welches in Nr. 30 des Reichsgesetzblattes 1879 S. 277 ff. veröffentlicht wurde und gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft trat, wurden alle Gesetze der Einzelstaaten über das Anfechtungsrecht gemäss Art. 2 der Reichsverfassung aufgehoben. Dem frühern Rechte blieb nur in Ansehung der vor dem 1. Oktober 1879 erfolgten Rechtshandlungen ein Einfluss vorbehalten (§ 14 Abs. 2 u. 3). Die Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften erstreckt sich insbesondere auch auf die Art. 1167 und 882 des Code civil.[1])

II. Die Bedeutung des Anfechtungsgesetzes.

Das Gesetz hat zwar zunächst die Aufgabe, die Anfechtungsgründe, welche ausserhalb des Konkursverfahrens wirken sollen, mit denjenigen in Übereinstimmung zu bringen, welche in diesem Verfahren gelten. Dabei mussten jedoch diejenigen Anfechtungsgründe wegfallen, welche bloss auf die Verhältnisse des Konkurszustandes berechnet waren (§ 23 K.-O.); andererseits musste das Gesetz auch die weitern Voraussetzungen der Anfechtung sowie die Art und Wirkung der Geltendmachung regeln. Hiebei war zu beachten, dass die Anfechtung ausserhalb des Konkurses wesentlich andere Zwecke verfolgt als diejenige durch den Konkursverwalter. Während es sich im letztern Falle darum handelt, der Konkursmasse, also dem zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Vermögen des Gemeinschuldners, gewisse Bestandteile zuzuführen, und erst mittelbar durch die Verteilung der Masse die Benachteiligung von den Gläubigern abgewendet wird, während ferner die Anfechtung seitens des Konkursverwalters eine gleichmässige Abwendung der Benachteiligung gegenüber allen Konkursgläubigern bezweckt, soll durch die Anfechtung ausserhalb des Konkurses die Benachteiligung unmittelbar von dem anfechtenden Gläubiger und nur von seinem Vermögen abgewendet werden. Dies geschieht, indem mittels der Rückgewähr zu seinen Gunsten der Gegenstand der Zwangsvollstreckung durch Bereitstellung fremden Vermögens erweitert wird. Die Bedeutung des Anfechtungsgesetzes liegt hienach gerade darin, dass es eine Ausnahme von dem Grundsatze macht, nach welchem Gegenstand der Zwangsvollstreckung nur das Vermögen des Schuldners sein darf (§ 690 C.-P.-O.), und dass es dieselbe auf fremdes Vermögen ausdehnt. (Vgl. noch Bem. II. 1 zu § 1 sowie Bem. I. u. II. zu § 7).[2])

III. Übersicht.

Zunächst werden im § 1 die Grenzen der Anwendbarkeit dieses Gesetzes im allgemeinen bezeichnet. Hieran schliessen sich in den §§ 2 und 3 die besondern Voraussetzungen für die Anfechtung ausserhalb des Konkurses, während die folgenden §§ 4 und 5 Erleichterungen betreffen, welche demjenigen Gläubiger gewährt werden, der einen vollstreckbaren Titel noch nicht besitzt. Der Inhalt des § 6 entspricht demjenigen des § 28 der K.-O. Durch die §§ 7 und 8 wird der Umfang der Rückgewähr bestimmt und der Anfechtungsgegner mit etwaigen Ersatzansprüchen an den Schuldner verwiesen. Die §§ 9 und 10 betreffen das Verfahren im Anfechtungsprozesse und zwar § 9 den Umfang des Klagantrages, § 10 einen dem Urteile beizufügenden Vorbehalt, falls der Gläubiger nur einen vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbaren Titel nachgewiesen hat. Die Anfechtung gegenüber den Rechtsnachfolgern des ersten Erwerbers ist im § 11, entsprechend den Grundsätzen des § 33 K.-O., zugelassen. Der § 12 bestimmt eine Frist für die Geltendmachung der Anfechtung in den Fällen des § 3 Z. 1. Nachdem so das Anfechtungsrecht ausserhalb des Konkurses geordnet

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 15. Febr. 1887, Entsch. Bd. XVII. S. 314 ff. bes. S. 317, 318.

[2]) Dieser Gesichtspunkt ist wiederholt von Fischer betont worden in „Recht und Rechtsschutz“ (Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches Heft 6) S. 10 Anm. 1; Lehrb. des preuss. Privatr. S. 767 und Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 411.

ist, wird im § 13 noch der Einfluss geregelt, welchen die Eröffnung und Beendigung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Schuldners auf das Anfechtungsrecht der einzelnen Gläubiger ausübt. Im § 14 wird sodann das zeitliche Herrschaftsgebiet des Gesetzes abgegrenzt.[1])

§ 1.

Rechtshandlungen eines Schuldners können ausserhalb des Konkursverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam nach Massgabe der folgenden Bestimmungen angefochten werden.

(E. § 1; M. S. 11, 12; K.-O. § 22.)

I. Allgemeine Voraussetzungen der Anfechtung.

1) Der Anfechtung sind auch ausserhalb des Konkurses nur Rechtshandlungen unterworfen; bezüglich dieses Begriffes vgl. Bem. 1—4 zu § 22 S. 89 ff.

2) Während § 22 der K.-O. Rechtshandlungen schlechtweg zum Gegenstande der Anfechtung macht und nicht unbedingt Rechtshandlungen des Gemeinschuldners voraussetzt, was besonders für die Anwendung des § 23 von Bedeutung ist (Bem. I. 2 zu § 22 S. 91, Bem. II. 3 und III. 2 zu § 23 S. 117, 121), sind ausserhalb des Konkurses nur Rechtshandlungen eines Schuldners anfechtbar. Dabei ist es nach den allgemeinen Rechtssätzen unerheblich, ob der Schuldner selbst oder ob ein (gewählter oder gesetzlicher) Vertreter für ihn gehandelt hat. Wenn von mehreren Berechtigten bei Teilbarkeit der Sache einer zum Nachteile seiner Gläubiger lediglich über seinen Anteil verfügt hat, so kann die Veräusserung auch nur bezüglich dieses Anteiles angefochten werden. Haben aber mehrere Mitberechtigte über eine Sache gemeinschaftlich verfügt, welche ihnen in der Art gemeinsam ist, dass nicht einer ohne den andern veräussern kann, während der anfechtende Gläubiger nicht zu allen Mitberechtigten im Gläubigerverhältnisse steht, so kann die Anfechtung zwar nur die Handlung desjenigen treffen, welcher Schuldner ist; dieselbe bewirkt aber trotzdem, dass die Verfügung dem Anfechtenden gegenüber vollständig unwirksam wird; denn es fehlt ihm gegenüber die erforderliche Zustimmung aller Mitberechtigten, sobald die Zustimmung eines einzelnen derselben für unwirksam erklärt ist.[2]) Wenn auf der Erwerbsseite mehrere Personen stehen, bei welchen nur teilweise die Thatbestandsvoraussetzungen vorliegen, indem z. B. nur eine dieser Personen die Absicht des Schuldners kannte oder mit demselben verwandt ist, die Rechtshandlung sonach nicht gegenüber allen Erwerbern als anfechtbar erscheint, ist bei Teilbarkeit der Zuwendung die Anfechtung auf den entsprechenden Teil zu beschränken, bei Unteilbarkeit aber der ideelle Anteil oder dessen Geldwert zurückzugewähren.[3])

3) Den Gegenstand des Gesetzes bildet die Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens. Dieser Ausdruck ist jedoch nicht gleichbedeutend mit Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, der sich zur Zeit der Anfechtung nicht im Konkurszustande

[1]) Hinsichtlich der Litteratur wird bemerkt, dass Jäckel in den folgenden Erläuterungen nach der 2. Auflage angeführt wird. Krasnopolski, das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Rechte wird nur mit dem Namen des Verfassers bezeichnet; ebenso: Scherer, das rheinische Recht und die Reichs- und Landesgesetzgebung (II. Auflage).

[2]) Vgl. Kranichfeld S. 15, 16; Meisner S. 462; R.-O.-H.-G. 18. Juni 1878, Entsch. Bd. 23 S. 417 ff., bes. S. 419; O.-L.-G. Augsburg 14. Juni 1888, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 169. A. M. Cosack S. 331, der im letztern Falle Rückgewähr in Geld wegen Unteilbarkeit der Sache zulässt.

[3]) Vgl. Cosack S. 331, 332.

befindet. Die Anfechtung kann nämlich auf Grund dieses Gesetzes auch während des schwebenden Konkursverfahrens von Absonderungsberechtigten vorgenommen werden, welche den Gegenstand ihres Absonderungsrechtes im Wege der Anfechtung zu ihrer Befriedigung heranziehen wollen. (Bem. I. zu § 13.) Der Ausdruck bezeichnet auch nicht bloss eine Anfechtung, über welche ausserhalb des Konkursverfahrens verhandelt und entschieden wird, denn in diesem Sinne erfolgt die Anfechtung durch den Konkursverwalter ebenfalls „ausserhalb des Konkursverfahrens". Diese Bezeichnung soll vielmehr andeuten, dass der Anspruch, zu dessen Gunsten eine Rechtshandlung angefochten wird, nicht im Konkursverfahren sondern ausserhalb desselben befriedigt werden soll, sowie dass der Anfechtungsanspruch nicht zum Zwecke der Vermehrung einer Konkursmasse sondern zum Zwecke der gesonderten Befriedigung einzelner Gläubiger geltend gemacht wird. [1]) In diesem Sinne fällt unter das gegenwärtige Gesetz:

a. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners, der sich nicht im Konkurszustande befindet, einschliesslich der Rechtshandlungen eines Konkursverwalters, welche nach Erledigung des Konkurses durch unbefriedigte Massegläubiger angefochten werden; [2])

b. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners durch Absonderungsberechtigte bezw. von Rechtshandlungen des Konkursverwalters durch Massegläubiger, welcher letztere Fall ebenso wie der zu Anm. 2 erwähnte allerdings nicht leicht vorkommen wird;

c. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Gemeinschuldners mit Bezug auf das nicht zur Masse gehörige Vermögen (§ 13 Abs. 5).

4) Die Anfechtung ist, wie sich, abgesehen vom Wortlaute des § 1, insbesondere aus § 2 ergiebt, nur insoweit gestattet, als sie zum Zwecke der Befriedigung des anfechtenden Gläubigers dient und dazu erforderlich ist. Es genügt hienach nicht, dass der anfechtende Gläubiger die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung seines Schuldners begründet. Vielmehr muss derselbe auch ein bestimmtes vermögensrechtliches Interesse daran nachweisen, dass die Wirkung jener Rechtshandlung ihm gegenüber aufgehoben werde. In dieser Bedingung kommt zugleich die weitere Voraussetzung einer Benachteiligung des Gläubigers zum Ausdrucke. Der Anfechtung unterliegen nur solche Rechtshandlungen des Schuldners, durch welche dessen Vermögen mittelbar oder unmittelbar vermindert worden ist. (Bem. II. 1 zu § 22 S. 94.) Aber es genügt nicht einmal die Thatsache der Verminderung im allgemeinen. Vielmehr muss diese Verminderung derart sein, dass die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung dadurch beeinträchtigt wird. Dass diese Beeinträchtigung des Gläubigers durch die angefochtene Rechtshandlung unmittelbar herbeigeführt wurde, ist dagegen nicht erforderlich; ebensowenig wird vorausgesetzt, dass die Forderung des anfechtenden Gläubigers zur Zeit der Vornahme jener Rechtshandlung bereits bestanden hat. (Bem. II. 1 zu § 22 S. 94 Anm. 1 u. 2.)[3])

5) Hinsichtlich des Ortes, dessen Recht zur Anwendung kommt, wenn anfechtbare Handlungen im Auslande vorgenommen wurden oder wenn der Gläubiger bezw. der Schuldner im Auslande wohnt, wird auf die Bem. II. 2 zu § 22 S. 95, 96 verwiesen.

II. Die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruches und seiner Wirkungen.

1) Die rechtliche Natur des Anfechtungsanspruches ist hier im wesentlichen dieselbe, wie bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter; nur das Subjekt und infolge dessen der Zweck der Anfechtung sind andere als dort. Die Grundlage des Anspruches ist die ungerechtfertigte Benachteiligung des Gläubigers, dessen Befriedigung durch die angefochtene Rechtshandlung beeinträchtigt wird. Deshalb reicht der Anspruch hier wie bei der Anfechtung im Konkursverfahren in keinem Falle weiter als diese Benachteiligung. Der Er-

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 131 Anm. 30.

[2]) Vgl. v. Völderndorff a. a. O. S. 130.

[3]) Vgl. noch Jäckel S. 45 und 70; v. Wilmowski S. 511 Nr. 5. A. M. Kranichfeld S. 23 Nr. 9.

werber muss dasjenige herausgeben, was, vom Standpunkte des Gläubigers aus betrachtet, in ungerechtfertigter Weise dem Vermögen des Schuldners und somit der Zwangsvollstreckung entzogen worden ist. Der Anfechtungsanspruch stellt sich auch hier als ein Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Benachteiligung dar. Im übrigen vergl. Bem. III. 1 zu § 22 S. 96 ff. Während das Subjekt des Rückforderungsanspruches bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter der Gemeinschuldner ist, in dessen Vermögen die Rückgewähr erfolgt und in dessen Vertretung der Konkursverwalter den Anfechtungswillen erklärt (Bem. II. 1 zu § 5, Bem. IV. 3 zu § 22 u. Bem. I. zu § 29 S. 32, 33, 103 u. 150), ergiebt sich aus dem Zwecke der Anfechtung ausserhalb des Konkurses, welche lediglich als Hilfsmittel im Vollstreckungsverfahren dienen soll (vgl. Einleitung Bem. II. S. 642), dass hier jeder einzelne Gläubiger, dessen Befriedigung als beeinträchtigt erscheint, Subjekt des Anfechtungsanspruches ist. Hienach giebt es ausserhalb des Konkurses so viele Subjekte des Anfechtungsanspruches, als Gläubiger vorhanden sind, welche nur durch die Anfechtung Befriedigung erlangen können.[1])

Der Anfechtungsanspruch ist nicht im Forderungsrechte selbst enthalten, d. h. nicht als eine besondere Funktion desselben aufzufassen, sondern hat seine besondern Voraussetzungen.[2]) Aber derselbe ist accessorischer Natur d. h. vom Forderungsrechte abhängig, und insofern untrennbar mit demselben verbunden, als er nicht ohne das Forderungsrecht bestehen kann. Dass derselbe ohne das Forderungsrecht, nämlich durch Verzicht oder Erfüllung in der Person eines andern Gläubigers, untergeht, ist ganz wohl möglich. (Bem. III. 1 zu § 7.) Dieses Abhängigkeitsverhältnis tritt zwar bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter nicht besonders hervor, fehlt aber auch dort nicht, weil die Anfechtung nur zugunsten d. h. im Interesse der Gläubiger erfolgt und ausgeschlossen wird, sobald dieselben, z. B. durch einen Dritten, befriedigt werden, demgemäss aber das Konkursverfahren aufgehoben oder eingestellt wird. Ausserhalb des Konkurses kommt dieses Abhängigkeitsverhältnis zunächst dadurch zum Ausdruck, dass das Anfechtungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung eines andern vermögensrechtlichen Anspruches geltend gemacht werden kann (Bem. I. 4 S. 644 und Einleitung Bem. II. S. 642), sodann aber auch dadurch, dass die Ausübung des Anfechtungsrechtes durch die Vollstreckbarkeit des Hauptanspruches bedingt ist. (§§ 2, 5, 10). Weiter ergiebt sich aus diesem Verhältnisse, dass als Wert des Streitgegenstandes in einem auf Grund dieses Gesetzes schwebenden Anfechtungsprozesse nur der Wert der noch unbefriedigten Forderung des anfechtenden Gläubigers in Betracht kommt; es verhält sich hier ähnlich, wie wenn die Sicherstellung einer Forderung geltend gemacht würde. (§ 6 C.-P.-O.)[3]) Endlich folgt hieraus, dass die Übertragung des Anfechtungsanspruches nur erfolgen kann, wenn zugleich eine Forderung übertragen wird, zu deren Befriedigung die Anfechtung beiträgt. Die Übertragung dieses Anspruches für sich allein auf einen andern Gläubiger wäre zwecklos, weil dieser schon an sich zur Ausübung des Anfechtungsrechtes berufen ist. Eine Person, welcher die Gläubigereigenschaft fehlt, könnte aber ungeachtet der Übertragung nach den §§ 1, 2 und 4 das Anfechtungsrecht nicht ausüben. Eine besondere Übertragung des Anfechtungsanspruches neben der Übertragung des Forderungsrechtes ist überflüssig, da jeder Gläubiger von Rechts wegen unter den Voraussetzungen der §§ 2—6 zur Anfechtung befugt ist.[4]) Deshalb kann aber auch

[1]) Vgl. Cosack S. 228; Hartmann S. 4; Hartzfeld in Puchelts Zeitschr. Bd. 14 S. 493; Jäckel S. 20; Korn S. 1; Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 13, 14; v. Mandry S. 474; Menzel S. 285; Otto S. 237; Steinbach S. 126 ff.; v. Völderndorff Bd. III. S. 124; v. Wilmowski S. 511 Nr. 4. A. M. Fitting S. 156 § 17 Anm. 1, welcher auch hier den Schuldner als Subjekt des Anfechtungsanspruches und den anfechtenden Gläubiger als dessen Vertreter ansieht.

[2]) Vgl. Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 13, 14.

[3]) Vgl. Cosack S. 221 Anm. 1; v. Wilmowski S. 511 Nr. 3; R.-G. (II.) 10. Okt. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 393.

[4]) Vgl. Cosack S. 228; Jäckel S. 199, 200; Korn S. 9, 10; Menzel S. 301; v. Wilmowski S. 512 Nr. 5.

bei der Übertragung der Forderung das Recht zur Ausübung des Anfechtungsrechtes nicht einmal bezüglich der in der Vergangenheit liegenden Handlungen ausgeschlossen werden. Der Gläubiger kann allerdings auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes verzichten; der Anfechtungsgegner kann sich aber mit Erfolg auf einen solchen Verzicht nur berufen, wenn der Gläubiger oder dessen Rechtsvorgänger ihm gegenüber den Verzichtswillen erklärt hat. Ein Verzichtsvertrag zwischen dem frühern Gläubiger und seinem Rechtsnachfolger wirkt nicht zugunsten dritter Personen.[1])

2) Auch die Wirkung der Anfechtung ausserhalb des Konkurses ist im allgemeinen die nämliche wie bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter. Der anfechtende Gläubiger kann nicht verlangen, dass die angefochtene Rechtshandlung als nichtig behandelt werde, denn zur Geltendmachung der Nichtigkeit ist das Anfechtungsrecht nicht bestimmt. (§ 1 u. Bem. I. 1 zu § 22 S. 89, 90.) Ebensowenig kann derselbe die Wiederherstellung des frühern Zustandes fordern. (§§ 7, 8 u. Bem. III. 2 zu § 22 S. 100.) Vielmehr hat er nur Anspruch darauf, dass die angefochtene Rechtshandlung, obgleich dieselbe gültig ist, ihm gegenüber als unwirksam behandelt werde. (Bem. III. 3 zu § 22 S. 101.) Aber sowohl aus der Verschiedenheit des Subjektes als aus der des Zweckes der Anfechtung ergeben sich Verschiedenheiten hinsichtlich ihrer Wirkung. Da jeder Gläubiger nur sein persönliches Anfechtungsrecht und dieses nur zum Zwecke seiner Befriedigung geltend macht, tritt die Unwirksamkeit auch nur dem anfechtenden Gläubiger gegenüber ein. Dieselbe ist nicht unmittelbare gesetzliche Folge der Anfechtbarkeit, sondern muss durch Urteil ausgesprochen werden. Dieses letztere wirkt aber nur unter den Parteien. Hienach kann ein Gläubiger, welcher das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt hat, aus der erfolgreichen Anfechtung seitens eines andern Gläubigers selbst dann keine Rechte für sich ableiten, wenn auch in Ansehung auf ihn die Voraussetzungen des § 2 vorliegen. Ferner hat der Zweck der Anfechtung ausserhalb des Konkurses (Einleitung Bem. II. u. Bem. II. 1 zu § 1) dazu geführt, dass die Rückgewähr nicht zum Vermögen des Schuldners sondern durch Gestattung der Zwangsvollstreckung erfolgt, derart, als ob der Gegenstand der Rückgewähr noch zum Vermögen des Schuldners gehören würde. (Bem. I. zu § 7.) Über das Verhältnis mehrerer Anfechtungsberechtigten ist Bem. III. zu § 7 zu vergleichen.

III. Die Geltendmachung.

1) Dass die Anfechtung auch ausserhalb des Konkurses ebenso im Wege der Einrede wie durch Klage erfolgen kann, ergiebt sich deutlich aus dem Gesetze selbst. (§§ 5 u. 9.) Bezüglich der Berechnung des Streitwertes vgl. Bem. II. 1 S. 645 Anm. 3. Der Anfechtungsgrund kann ferner im Wege der Widerklage[2]) und der Replik[3]) geltend gemacht werden. (Bem. IV. 2 zu § 22 S. 103.) Dagegen ist die Geltendmachung desselben durch blosse Feststellungsklage dadurch ausgeschlossen, dass nach § 9 der Klagantrag auf Rückgewähr gerichtet sein muss. Diese Bestimmung ist ebenso zwingender Natur wie § 230 Abs. 2 C.-P.-O. und deshalb der Verfügung der Parteien entzogen, denn sie ist im öffentlichen Interesse gegeben, um unnötige Prozesse zu vermeiden.[4]) Die Nichtbeachtung von § 9 hat übrigens andere Wirkungen als die Nichtbeachtung des § 230 Z. 2 C.-P.-O. Wäh-

[1]) A. M. anscheinend Jäckel S. 200 und Korn S. 101.

[2]) Vgl. Cosack S. 222; Hartmann S. 146; Jäckel S. 29, 30; v. Völderndorff Bd. III. S. 165; Willenbücher S. 269 Nr. 2; v. Wilmowski S. 511 Nr. 5.

[3]) Vgl. Cosack S. 36, 222 ff.; Hartmann S. 146; Jäckel S. 188 Anm. 34; Krasnopolski S. 151; Otto S. 161; Steinbach S. 97; v. Völderndorff Bd. III. S. 165; R.-G. (VI.) 16. Dez. 1886 und 2. Nov. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 356, Entsch. Bd. XIX. S. 202 ff., Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. IX. S. 22. A. M. Menzel S. 294.

[4]) Vgl. Cosack S. 225; Jäckel S. 212; Willenbücher S. 269 Nr. 2; v. Wilmowski S. 511 Nr. 5; R.-G. (II.) 22. Jan. 1889, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIV. S. 344 ff., jur. Wochenschr. 1889 S. 84, 85; O.-L.-G. Köln 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. I. S. 139.

rend im letztern Falle durch den Mangel der Eintritt der Rechtshängigkeit gehindert wird und deshalb weder Versäumnisurteil noch überhaupt ein Urteil in der Hauptsache ergehen kann, tritt im erstern Falle zwar Rechtshängigkeit ein, aber die Klage muss selbst bei Versäumnis des Beklagten als unzulässige Feststellungsklage abgewiesen werden. Die wiederholte Geltendmachung desselben Anspruches ist weder in dem einen noch in dem andern Falle ausgeschlossen. Der Grundsatz der Unzulässigkeit der Feststellungsklage greift auch dann durch, wenn es sich um die Anfechtung eines zur Zeit noch nicht in Kraft getretenen Mietvertrages handelt. Gegenstand der Rückgewähr ist hier der Mietwert des Hauses oder Grundstückes. Wird der Mietvertrag dem Gläubiger des Vermieters gegenüber lediglich für unwirksam erklärt, so hat dieser damit noch nicht Befriedigung oder auch nur einen Gegenstand der Zwangsvollstreckung erlangt. Die Befriedigung wird vielmehr erst dadurch herbeigeführt, dass der Mieter als Anfechtungsgegner verurteilt wird, dem Anfechtungskläger den Mietwert für die in Frage kommende Zeit zu zahlen.[1]) Ein Feststellungsurteil über die Anfechtbarkeit wird übrigens durch § 9 nicht unbedingt ausgeschlossen. Denn wenn der Gläubiger die Anfechtung einrede- oder replikweise geltend macht, so kann der Gegner gemäss § 253 die urteilsmässige Feststellung der Unanfechtbarkeit fordern. Hinsichtlich des Gerichtsstandes vgl. Bem. IV. 4 zu § 22 S. 103.

Einer aussergerichtlichen Anfechtung ausserhalb des Konkurses stattzugeben, ist für den Erwerber hier noch gefährlicher als gegenüber der Anfechtung durch den Konkursverwalter. (Bem. IV. 1 zu § 22 S. 102.) Er muss in diesem Falle nicht nur gewärtigen, dass der Schuldner oder dessen Rechtsvorgänger den Anfechtungsanspruch nicht anerkennt und die Erstattung der Gegenleistung bezw. die Ersatzleistung verweigert, sondern er läuft auch Gefahr, dass andere Gläubiger ihren Anfechtungsanspruch geltend machen und das Anfechtungsrecht des ersten Gläubigers mit Erfolg bestreiten, so dass er wiederholt Rückgewähr leisten muss.

2) Der Anfechtungsanspruch wird von einem Gläubiger, der sich benachteiligt glaubt (§ 2), gegen den Erwerber d. h. denjenigen erhoben, in dessen Vermögen durch die anfechtbare Rechtshandlung Bestandteile aus dem Vermögen des Schuldners gelangt sind. Der Schuldner selbst kann nicht neben dem Erwerber, etwa als Streitgenosse, belangt werden. Nach § 9 muss der Klagantrag auf Rückgewähr lauten; dem Schuldner gegenüber ist aber die Verurteilung zur Rückgewähr unmöglich, weil sich die Klage gerade darauf stützt, dass ein zur Befriedigung des Gläubigers geeigneter Vermögenswert sich nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorfinde. Der Gläubiger würde hienach mit der gleichzeitig gegen den Schuldner und den Erwerber gerichteten Klage sich selbst widersprechen.[2]) Doch hat selbstverständlich die gleichzeitige Erhebung der Anfechtungsklage gegen Schuldner und Erwerber nicht die Zurückweisung der gegen den letztern erhobenen Klage zur Folge.[3]) Der Gläubiger hat übrigens kein Interesse daran, den Schuldner mitzubelangen, um sich gegen den Widerspruch desselben zu sichern, weil der Schuldner der Zwangsvollstreckung in den Gegenstand der Rückgewähr nicht widersprechen kann; denn er ist nicht in der Lage, ein die Veräusserung hinderndes Recht geltend zu machen. (§ 690 C.-P.-O.) Dem Schuldner gegenüber ist die Rechtshandlung wirksam; für ihn bleibt folglich der Gegenstand fremdes Vermögen. Dagegen kann der Schuldner zufolge einer Streitverkündung oder aus eigenem Antriebe als Nebenintervenient in das Verfahren eintreten, weil er, mit Rücksicht auf den etwaigen Rückgriff des Erwerbers (§ 8), am Ausgange des

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 22. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 84, 85 und jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. XIV. S. 344.

[2]) Vgl. Meisner S. 460. A. M. Scherer Bd. I. S. 271; R.-G. (VI.) 11. Okt. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 376; O.-L.-G. Augsburg 14. Juni 1888, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 168.

[3]) Vgl. Urt. des O.-L.-G. Köln vom 14. April 1883, rhein. Arch. Bd. 73 Abt. I. S. 139.

Prozesses ein Interesse hat.[1]) Auch kann der anfechtende Gläubiger dem Erwerber und dem Schuldner zugleich im Prozesse gegenüberstehen, wenn er den Anfechtungsgrund einredeweise gegen eine Widerspruchsklage (§ 690 C.-P.-O.) geltend macht, welche von beiden gemeinsam erhoben worden ist. Als Nebenintervenienten können nach Geltendmachung des Anfechtungsrechtes dem Kläger auch andere Gläubiger beitreten. Wenn auch das zwischen dem anfechtenden Gläubiger und seinem Gegner ergehende Urteil nicht zugunsten der übrigen Gläubiger wirkt, so kann doch der günstige Ausgang des einen Prozesses die Durchführung weiterer Anfechtungsprozesse gegen dieselbe Person ersparen oder erleichtern.

§ 2.

Zur Anfechtung ist jeder Gläubiger, welcher einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist, befugt, sofern die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat oder anzunehmen ist, dass sie zu einer solchen nicht führen würde.

(E. § 2; M. S. 12—17.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Der Anfechtungsanspruch ist dem Gläubiger als Mittel gewährt, Befriedigung auf dem ausserordentlichen Wege der Zwangsvollstreckung in fremdes Vermögen zu erlangen, wenn der ordentliche Weg nicht dazu geführt hat oder voraussichtlich nicht dazu führen würde. Hieraus ergeben sich für jede Anfechtung zwei Bedingungen: auf seite des Gläubigers das Vorhandensein eines vollstreckbaren Titels, als der wichtigsten Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, und auf seite des Schuldners die thatsächliche oder voraussichtliche Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen, als des ordentlichen Weges zur Befriedigung. Dagegen wird nicht ein besonderer Befriedigungsanspruch vorausgesetzt, wie in den Motiven (S. 12) behauptet worden ist.[2]) So wenig man im Konkursrechte einen besondern Konkursanspruch braucht, um das Anfechtungsrecht erklären zu können (Bem. I. 1 zu § 2 S. 15 und Bem. III. 1 zu § 22 S. 96 ff.), so wenig bedarf man bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses der Annahme eines besondern Befriedigungsanspruches. Der Anspruch auf Befriedigung entsteht schon mit der Forderung oder wenigstens mit der Fälligkeit derselben. Der vollstreckbare Titel enthält lediglich die Feststellung dieses Rechtes, bringt es nicht erst zur Entstehung. Ebensowenig kann man behaupten, dass im Anfechtungsrechte der Befriedigungsanspruch verfolgt werde; denn der Gläubiger hat seine Befriedigung vom Schuldner zu verlangen, während der Anfechtungsanspruch sich gegen dritte Personen richtet. Der Befriedigungsanspruch kann schon deshalb nicht die Grundlage des Anfechtungsrechtes bilden, weil jener seinen Grund in dem Rechtsgeschäfte zwischen Gläubiger und Schuldner hat, während dieser aus einer Rechtshandlung entsteht, welche vom Schuldner gegenüber einem Dritten vorgenommen worden ist, beide Ansprüche also verschiedenen Ursprung haben. Aus dem Abhängigkeitsverhältnisse aber, in welchem der Anfechtungsanspruch zu einem andern materiellen Anspruche stehen muss (Bem. II. 1 zu § 1 S. 645), ist nicht zu schliessen, dass jener in diesem seine Grundlage habe oder aus ihm entstanden sei, wie man auch nicht sagen darf, das Pfandrecht habe seine Grundlage in dem Forderungsrechte, zu dessen Sicherung es bestellt ist.

[1]) Vgl. Cosack S. 328; Hartmann S. 181; Jäckel S. 230; Menzel S. 295; Otto S. 239, 240; v. Wilmowski S. 524, 525 Nr. 4. A. M. Kranichfeld S. 46, 47.

[2]) Wie die Motive auch: Jäckel S. 19 ff.; Hartmann S. 3, 4.

Der Anfechtungsanspruch entsteht auch nicht aus einer Verletzung des Befriedigungsanspruches; die Anfechtbarkeit der Handlung beweist weder noch setzt sie voraus, dass das Befriedigungsrecht verletzt sei. Eine Rechtshandlung kann vielmehr anfechtbar sein, obgleich der Schuldner ein seiner Veräusserung entsprechendes Entgelt bezogen hat. (Bem. II. 1 zu § 22 S. 94.) Aus dem ungünstigen Vermögenszustande des Schuldners ergiebt sich zwar die Nichtbefriedigung der Forderung; diese ist jedoch nicht als Anspruchsverletzung aufzufassen, weil der Bestand des Anspruches dadurch nicht berührt wird. Eine Verletzung kann nur darin liegen, dass der Bestand des Anspruches geleugnet oder die Verwirklichung gehemmt wird. Eine solche Hemmung kann zwar, muss aber nicht durch die anfechtbare Handlung herbeigeführt werden; ebenso kann der ungünstige Vermögenszustand auf Thatsachen zurückzuführen sein, welche nicht als Anspruchsverletzung aufzufassen sind, z. B. auf Naturereignisse, politische Umwälzungen, den Zugriff anderer Gläubiger u. s. w. Ist das Befriedigungsrecht nicht als besonderer Anspruch sondern nur als der notwendige Inhalt eines jeden Forderungsrechtes anzuerkennen und kann dasselbe nicht als rechtliche Grundlage des Anfechtungsrechtes in Betracht kommen, so bildet es aber auch nicht eine besondere Voraussetzung oder den Grund der Anfechtung.

II. Voraussetzungen auf seite des Gläubigers.

1) Zur Anfechtung sind diejenigen Gläubiger berechtigt, welche Befriedigung ausserhalb des Konkurses verlangen können, also auch Absonderungsberechtigte (Bem. I. 3 zu § 1 S. 644) und solche Gläubiger, denen lediglich eine Sache desjenigen haftet, der die anfechtbare Handlung vorgenommen hat. Hieher gehören insbesondere Grundschuldgläubiger und Hypothekgläubiger, denen der Besitzer des Grundstückes nicht zugleich als persönlicher Schuldner haftet. (M. S. 14.) Selbstverständlich können die letztern Gläubiger nur solche Handlungen anfechten, welche das Grundstück betreffen, Absonderungsberechtigte aber während des Konkurses nur Handlungen, welche sich auf den Gegenstand der abgesonderten Befriedigung beziehen. Die Anfechtungsbefugnis wird durch § 2 selbst auf Gläubiger eingeschränkt, welche eine fällige Forderung und einen vollstreckbaren Titel haben, während die Entstehungszeit der Forderung im übrigen gleichgültig ist. (Vgl. S. 94 Anm. 2 und S. 125 Anm. 3 mit Nachtrag.) Ob die Ausübung des Anfechtungsrechtes auf solche Gläubiger beschränkt ist, welchen eine Geldforderung zusteht, erscheint als zweifelhaft. Überwiegende Gründe sprechen aber für die Verneinung dieser Frage d. h. gegen diese Einschränkung. Da nicht angenommen werden kann, dass eine so wichtige Einschränkung nur stillschweigend aufgestellt worden sei, und nach dem Gesetze „jeder Gläubiger" zur Anfechtung berechtigt ist, würde die Beschränkung nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf einen besondern Hinweis im Gesetze gestützt werden könnte. Ein solcher liegt aber nicht vor. Derselbe kann in den Worten „Zwangsvollstreckung" oder Zwangsvollstreckung „in das Vermögen des Schuldners" nicht gefunden werden, weil die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe einzelner Sachen ebenso wie die Vollstreckung wegen Geldforderungen „in das Vermögen des Schuldners" erfolgt, sofern derselbe die Sache als eine zur Zeit ihm gehörige oder als eine in seinem Besitze stehende auf Grund eines Forderungsverhältnisses herauszugeben hat. Nur dann, wenn jemand eine Sache herausgeben muss, weil ihm das Eigentum oder das Besitzrecht aberkannt wurde, wird allerdings nicht sein Vermögen von der Vollstreckung ergriffen. Der Begriff „Vermögen" darf hier deshalb nicht in seiner weitern Bedeutung genommen werden, weil die Bedeutung der Anfechtung gerade auf dem Gegensatze zwischen der Vollstreckung in das rechtlich dem Schuldner gehörige und in das rechtlich nicht mehr demselben gehörige Vermögen beruht. (Einleitung Bem. II.) Aber daraus, dass nicht alle Forderungen auf Herausgabe einzelner Sachen zur Anfechtung berechtigen, folgt keineswegs, dass die Gläubiger solcher Forderungen dieselben immer zuerst in einen Geldanspruch müssten umwandeln lassen, um mit der Anfechtung durchzudringen. Wenn das Gesetz Zahlungsunfähigkeit oder Vermögensunzulänglichkeit im strengen Wort-

sinne voraussetzen würde, könnten diese Erfordernisse vielleicht für die entgegengesetzte Auffassung verwertet werden. In § 2 wird aber weder Zahlungsunfähigkeit noch Vermögensunzulänglichkeit sondern nur das Vorhandensein eines auf eine Vermögensleistung lautenden Schuldtitels und die thatsächlich nachgewiesene oder nach menschlicher Voraussicht anzunehmende Erfolglosigkeit der Vollstreckung dieses Schuldtitels vorausgesetzt. (Bem. III. 3 S. 655.) Auf einen andern Schuldtitel kann diese Erfolglosigkeit nicht bezogen werden. Lautet nun aber der Schuldtitel auf Herausgabe einer bestimmten, dem Schuldner gehörigen Sache und findet sich diese bei der Zwangsvollstreckung in dessen Vermögen nicht mehr vor, so kann der in Frage stehende Schuldtitel nicht vollstreckt werden; der bestehende Anspruch bleibt also unbefriedigt. Es liegt deshalb die Voraussetzung des § 2 vor, da die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu einer Befriedigung des Gläubigers in Ansehung des allein in Frage stehenden Anspruches auf Herausgabe nicht geführt hat. Der Ersatzanspruch, den der Gläubiger nach § 778 der C.-P.-O. geltend machen kann, ist ein wesentlich anderer Anspruch als der Hauptanspruch. Man darf deshalb nicht sagen, dass dieser erst dann als unbefriedigt anzusehen sei, wenn auch jener eventuelle Anspruch auf Leistung des Interesses nicht befriedigt werden könne. Ob der Gläubiger den Ersatzanspruch verfolgen oder die anfechtbare Veräusserung des geschuldeten Gegenstandes anfechten will, ist seine Sache; er ist, da sich der Anspruch auf Herausgabe keineswegs kraft Gesetzes in eine Geldforderung verwandelt, sondern dessen Befriedigung erzwungen werden darf, durch keine gesetzliche Vorschrift genötigt, dem erstern Wege den Vorzug zu geben, zumal die Geldentschädigung nicht immer den gleichen Wert hat, wie die Herausgabe der Sache selbst. Darauf, dass die Absicht, das preussische Recht zu ändern, nirgends erkennbar hervortrete, kann aber ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil nach dem Reichsgesetze keine Zahlungsunfähigkeit verlangt wird (Bem. III. 3 S. 655), welche sowohl das preussische Gesetz vom 26. April 1835 als das vom 9. Mai 1855 gefordert hatte, und gerade darauf vom frühern preussischen Obertribunale das entscheidende Gewicht gelegt wurde. Übrigens ist auch bei den Gesetzgebungsverhandlungen nirgends hervorgehoben worden, dass die unter der preussischen Gesetzgebung zur Herrschaft gelangte Auffassung für die Reichsgesetzgebung massgebend sein solle.[1])

Da hienach eine Geldforderung nicht Voraussetzung der Anfechtung ist, so kann sich derselben der Fiskus auch zum Zwecke des Vollzuges einer Beschlagnahme des Vermögens (§ 40 St.-G.-B., § 94 Abs. 2, §§ 325, 332 St.-P.-O.) bedienen. Andernfalls könnte der Zweck dieser Massregeln auch sehr leicht durch Übertragung der fraglichen Gegenstände bezw. eines ganzen Vermögens vereitelt werden.[2]) Wurde der Schuldner zur Vornahme einer Handlung z. B. zu einer Sicherheitsleistung verurteilt, so ist dagegen die Anfechtung ausgeschlossen, weil dieses Urteil nicht in das Vermögen des Schuldners vollstreckt werden kann.[3]) Die Verurteilung des Schuldners zu einer Geldstrafe gemäss § 774 C.-P.-O. begründet eine Forderung für den Fiskus, nicht aber für den Gläubiger, der die Vornahme der Handlung verlangt.[4])

[1]) Vgl. Fischer, Lehrb. d. preuss. Privatr. S. 768; Hartmann S. 62; Jäckel S. 213 ff.; Markus in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 251 ff. A. M. Cosack S. 45 (vgl. jedoch S. 40); Dernburg, preuss. Privatr. (IV. Aufl.) S. 349 § 132 Nr. 1; Eccius Bd. I. S. 776 § 114 Nr. 1c; Korn S. 24; Menzel S. 39; Scherer Bd. I. S. 271; v. Völderndorff Bd. III. S. 141; v. Wilmowski S. 513; R.-G. (VI.) 12. Mai, 3. und 27. Nov. 1887, Entsch. Bd. XVIII. S. 145 ff., bes. S. 147, Bd. XIX. S. 204 ff.; O.-L.-G. Rostock 28. März 1881, Mecklenb. Zeitschr. Bd. VI. S. 320, 321.

[2]) Derselben Meinung ist v. Völderndorff Bd. III. S. 141, obwohl hier der Fiskus keine Geldforderung hat und v. Völderndorff nur dem Gläubiger einer Geldforderung die Anfechtungsbefugnis einräumt; ferner Hartmann S. 69, der jedoch anderer Meinung ist für den Fall des § 332 St.-P.-O.

[3]) Vgl. O.-L.-G. Dresden 1. Mai 1886, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 11.

[4]) Vgl. O.-L.-G. Kiel 23. Mai 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 32 ff. und Schlesw.-Holst. Anz. 1884 S. 245.

2) Aus dem Erfordernisse der Fälligkeit ergiebt sich, dass die Gläubiger, welchen lediglich eine bedingte oder aufschiebend befristete Forderung zusteht, nicht berechtigt sind, ein Anfechtungsrecht geltend zu machen. Doch genügt es, dass zur Zeit derjenigen Verhandlung, welche der Urteilsfällung unmittelbar vorausging, die Bedingung erfüllt bezw. die Frist abgelaufen ist. Es liegt dann im Augenblicke der Entscheidung eine fällige Forderung vor, was hier ebenso genügen muss wie bei der Verurteilung zur Zahlung einer Schuld. Der Umstand, dass die Voraussetzungen der Anfechtung zur Zeit der Klagerhebung noch nicht vorlagen, kann nur in Ansehung der Kostenfrage von Einfluss sein. Besteht die Forderung des Gläubigers in einem Rechte auf regelmässig wiederkehrende Leistungen, so kann das Anfechtungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung für die bereits fällig gewordenen Beträge verfolgt werden.[1]) Hat der Gläubiger eine Forderung auf Leistung „Zug um Zug", so kann der Anfechtungsgegner nicht den Nachweis der Vorleistung als Erfüllung der Bedingung verlangen, sondern muss sich damit begnügen, dass der Gläubiger seine Bereitschaft nachweist, im Falle der Rückgewähr an den Schuldner zu leisten. Andererseits kann er verlangen, dass diese Bereitschaft als Bedingung für den Vollzug der Rückgewähr im Urteile ausgesprochen werde.[2]) Die Fälligkeit ist nur Bedingung für die Ausübung des Anfechtungsrechtes; ihr Mangel steht deshalb dem Erlasse einer einstweiligen Verfügung mit Bezug auf den Gegenstand der Rückgewähr nicht im Wege. Die Befugnis zum Erlasse einer einstweiligen Verfügung ist gerade für solche Fälle gegeben, in welchen der Klage noch ein Hindernis im Wege steht.[3]) Ebenso erscheint der Arrest zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Anfechtungsgegners als zulässig, wobei der Anfechtungsanspruch als die zu sichernde Forderung in Betracht kommt.[4])

3) Der Gläubiger muss einen vollstreckbaren Schuldtitel haben. Dieses Erfordernis beruht auf der Erwägung, dass der Gläubiger dem Schuldner gegenüber erst durch die Vollstreckbarkeit seiner Forderung berechtigt wird, einzelne Vermögensgegenstände zum Zwecke seiner Befriedigung anzugreifen, daher auch Dritten gegenüber nur unter dieser Voraussetzung befugt sein kann, die Duldung der Zwangsvollstreckung zum Zwecke seiner Befriedigung zu verlangen. (M. S. 12, 13.) Dies gilt auch für die Vollstreckung in unbeweglichen Sachen, so dass der vollstreckbare Titel nicht ersetzt wird durch die Eintragung der Forderung in das Hypothekenbuch.[5]) Als vollstreckbare Schuldtitel kommen zunächst in Betracht: die im Civilprozesse ergehenden rechtskräftigen oder auch nur vorläufig vollstreckbaren Endurteile (§§ 644, 648 ff., 660, 868 C.-P.-O.), bezüglich deren jedoch, wenn die Vollstreckbarkeit von einer Bedingung z. B. einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht ist, der Nachweis für die Erfüllung der Bedingung erbracht werden muss, weil sonst ein vollstreckbarer Titel nicht vorliegt.[6]) Ferner gehören hieher die im § 702 C.-P.-O. bezeichneten Urkunden, Vergleiche und Entscheidungen. Bei gerichtlichen Vergleichen ist es unerheblich, ob die im Vergleiche anerkannte Forderung vorher klagbar war oder nicht; wenn im Gebiete des rheinischen Rechtes ein Vergleich über das Unterhaltsversprechen des ausserehelichen Vaters geschlossen wird, dient daher der gerichtliche Vergleich als vollstreckbare

[1]) Vgl. Cosack S. 37; Jäckel S. 31; Korn S. 9; Menzel S. 43; Otto S. 237; Steinbach S. 124; R.-G. (I. H.-S.) 20. Jan. 1880, Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 1060.

[2]) Vgl. Cosack S. 37; Hartmann S. 63, 64; Jäckel S. 32. A. M. Korn S. 5.

[3]) Vgl. Cosack S. 226; Hartmann S. 64; Jäckel S. 32 Anm. 27; Scherer Bd. I. S. 270; v. Wilmowski S. 515; R.-G. (III.) 20. Mai 1881, Entsch. Bd. IV. S. 400; R.-G. (V.) 27. Febr. 1886, Bolze Bd. II. Nr. 598, Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 745 und jur. Wochenschr. 1886 S. 117; O.-L.-G. Posen 18. Jan. 1886, Buschs Zeitschr Bd. XIII. S. 421.

[4]) Vgl. Cosack, Hartmann und Jäckel a. a. O.; v. Völderndorff Bd. III. S. 146; v. Wilmowski S. 515.

[5]) R.-G. (VI.) 29. Nov. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 167.

[6]) Vgl. Cosack S. 36; Kranichfeld S. 18 Nr. 3; O.-L.-G. Oldenburg 17. März 1883, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 178. A. M. anscheinend v. Wilmowski S. 514.

Urkunde, obwohl das Versprechen an sich die Klagbarkeit nicht begründet hätte. [1]) Weiter sind als vollstreckbare Titel zu behandeln: der Eintrag der Feststellung in die Konkurstabelle, sofern der Schuldner die Forderung nicht bestritten hatte (§ 152 K.-O.);[2]) die Entscheidung über die Vorschussberechnung im Genossenschaftskonkurse (Reichsges. v. 1. Mai 1889 § 101 Abs. 2); die Entscheidung, durch welche im Strafprozesse oder im ehrengerichtlichen Verfahren gegen einen Anwalt Verurteilung zu einer Geldstrafe bezw. zur Kostentragung ausgesprochen wird (§ 495 St.-P.-O., § 97 R.-A.-O.); der Beschluss zur Feststellung eines „Defektes" (Reichsbeamtenges. v. 31. März 1873 § 139); endlich die in Anwendung des § 706 C.-P.-O. von der Landesgesetzgebung bezeichneten Titel.[3]) Dagegen ist ein Arrestbefehl nicht als vollstreckbarer Titel anzusehen, weil der Arrest die Forderung nicht vollstreckbar macht, vielmehr mit Rücksicht auf den Mangel der Vollstreckbarkeit gewährt wird.[4]) Ebenso ist Verurteilung zur Sicherheitsleistung ungenügend, weil dadurch die sicherzustellende Forderung nicht vollstreckbar wird, der blosse Anspruch auf Sicherheitsleistung im allgemeinen aber nicht auf eine bestimmte Leistung gerichtet ist. Aus dem Erfordernisse der nachweisbar oder voraussichtlich erfolglosen Zwangsvollstreckung in das Vermögen ergiebt sich, dass der Anspruch zu sofortiger Vollstreckung in das Vermögen geeignet also auf Leistung eines genau bestimmten Vermögenswertes gerichtet sein muss. Eine Sicherheit kann aber in ganz verschiedener Weise geleistet werden.[5]) Aus demselben Grunde ist ein zur Rechnungslegung verurteilendes Erkenntnis nicht als vollstreckbarer Titel zu behandeln.[6]) Das Vorhandensein des vollstreckbaren Titels gehört zu den die Klage begründenden Thatsachen d. h. zu den materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes; es genügt daher, wenn das Vorhandensein noch vor Schluss derjenigen Verhandlung nachgewiesen wird, auf welche das Urteil ergeht, mag dabei auch feststehen, dass die Voraussetzung zur Zeit der Klagerhebung noch fehlte. (Vgl. Bem. II. 2 S. 651.) [7]) Da der Richter sich im Rechtsirrtume darüber befinden kann, ob ein vollstreckbarer Schuldtitel vorliege, und da ein nur vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbares Urteil bloss einen bedingten Ausspruch über die Anfechtbarkeit ermöglicht (§ 10), genügt nicht die Feststellung, dass irgend ein vollstreckbarer Titel vorliege. Vielmehr muss im Thatbestande festgestellt werden, welcher bestimmte Titel vom Richter als vollstreckbarer angesehen wird. [8])

Der vollstreckbare Titel trägt die Eigenschaft der Vollstreckbarkeit in sich, erhält dieselbe nicht erst durch die Vollstreckungsklausel, welche lediglich die Bedeutung hat, dem Gerichtsvollzieher die Prüfung durch ein äusserlich erkennbares Zeichen abzunehmen. Die Anfechtung ist daher nicht durch Beifügung der Vollstreckungsklausel bedingt.[9]) Daraus ergiebt sich, dass die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Erben auch dann möglich ist, wenn der vollstreckbare Titel gegen den Erblasser erworben worden war, denn

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 26. Sept. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 16 S. 400.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 6. April 1886, Entsch. Bd. XVI. S. 32.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 29. Juni 1886, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. V. S. 403.

[4]) Vgl. Jäckel S. 21 Anm. 4 und S. 28; Korn S. 15; R.-G. (V.) 26. Nov. 1887, Bolze Bd. V. Nr. 339, jur. Wochenschr. 1888 S. 18; Ldg. Mannheim 26. Febr. 1887, Buschs Zeitschr. Bd. XIII. S. 433 ff. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 143 Anm. 6.

[5]) Vgl. R.-G. (VI.) 3. Nov. 1887, Entsch. Bd. XIX. S. 204 ff. mit der abweichenden Begründung, dass der Anspruch keine Geldforderung sei; O.-L.-G. Dresden 13. Jan. 1888, Wengler, Arch. N. F. Bd. IX. S. 145 ff.

[6]) Vgl. Cosack S. 40; Hartmann S. 62; v. Völderndorff Bd. III. S. 147; Willenbücher S. 270 Nr. 1b; v. Wilmowski S. 513; O.-L.-G. Kiel 23. Mai 1884 in Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 32 ff. und Schlesw.-Holst. Anz. 1884 S. 245.

[7]) Vgl. Cosack S. 36. A. M. v. Wilmowski S. 513.

[8]) Vgl. R.-G. (VI.) 24. März 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 362.

[9]) Vgl. Cosack S. 36; Eccius Bd. I. S. 775 § 114 Nr. 1a; Jäckel S. 27 Anm. 16; Kranichfeld S. 18 Nr. 4; v. Völderndorff Bd. III. S. 144; Willenbücher S. 270 Nr. 1a; v. Wilmowski S. 514.

zur Vollstreckung gegen den Erben ist in solchen Fällen nicht die Erlangung eines neuen Titels sondern nur die Erlangung einer auf die Person des Erben gestellten Vollstreckungsklausel erforderlich. [1])

III. Voraussetzungen auf seite des Schuldners.

1) Die Anfechtung ist auf seite des Schuldners bedingt durch den Nachweis einer anfechtbaren Handlung im Sinne des § 3 und durch den Nachweis der thatsächlichen oder voraussichtlichen Erfolglosigkeit einer Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners. Damit kann nur die Vollstreckung desjenigen Anspruches gemeint sein, auf den sich der vollstreckbare Titel bezieht. (Bem. II. 1 S. 650.) Ist der Anspruch auf Herausgabe einer bestimmten Sache oder einer bestimmten Menge von vertretbaren Sachen gerichtet, so genügt es, dass der ernstliche Vollstreckungsversuch nicht zur Erlangung dieser Sachen oder nicht zu ihrer vollständigen Erlangung geführt hat. Handelt es sich um einen Geldanspruch, so muss dagegen nachgewiesen werden, dass der Vollstreckungsversuch ein das Vermögen erschöpfender war und dass kein der Vollstreckung unterliegender, thatsächlich greifbarer Vermögensbestandteil ausseracht gelassen wurde, sowie dass trotzdem die Befriedigung des Gläubigers nicht erreicht worden ist. Der blosse Mangel von barem Gelde genügt nicht. Die Anfechtung führt zur ausnahmsweisen Ausdehnung der Zwangsvollstreckung auf ein dem Schuldner fremdes Vermögen; deshalb ist die in § 2 vorgeschriebene Voraussetzung soweit auszudehnen, als die Gesetzesworte es erlauben; diese weisen aber auf obige Auslegung durch den Ausdruck „in das Vermögen" deutlich hin. Es kann hienach nur das ganze Vermögen, nicht ein beliebiger Teil gemeint sein. (Vgl. aber noch unten S. 654 Anm. 7.) [2]) Insbesondere dringt ein Hypothekgläubiger so lange mit der Anfechtung nicht durch, als er nicht einmal versucht hat, sich aus der Hypothek zu befriedigen. Dem Gläubiger wird das Anfechtungsrecht nur gewährt, um ihn gegen ungerechtfertigte Benachteiligung zu schützen. Wenn er aber dadurch in Nachteile gerät, dass er sein Pfandrecht nicht ausübt, durch dessen Ausübung er Befriedigung erlangt hätte, so beruht die Benachteiligung nicht mehr auf der anfechtbaren Handlung des Schuldners sondern lediglich auf dem eigenen Willen des Gläubigers; es fehlt also die allgemeine Voraussetzung des Anfechtungsrechtes. (Bem. I. 4 zu § 1 S. 644.)[3]) Kann der Gläubiger hienach nicht zwischen der Geltendmachung des persönlichen Anspruches und der Ausübung seines Pfandrechtes wählen, ohne bei Nichtausübung des Pfandrechtes das Anfechtungsrecht zu verlieren, so kann er auch nicht mit der Wirkung auf das Pfandrecht verzichten, dass das Anfechtungsrecht unberührt bleibt. Ebenso verliert der Hypothekgläubiger sein Anfechtungsrecht durch Abtretung des bessern Ranges, mit welchem er noch Befriedigung gefunden hätte, weil er damit den Ausfall selbst herbeiführt. Allerdings wird an dem Charakter der Rechtshandlung des Schuldners, insbesondere an der Benachteiligungsabsicht, durch den Verzicht des Gläubigers nichts geändert. Aber daraus folgt nicht, dass der auf sein Pfandrecht verzichtende Gläubiger trotzdem das Anfechtungsrecht ausüben durfte, denn man muss auch das Anfechtungsrecht der übrigen Gläubiger berücksichtigen, welches sonst durch einen solchen Verzicht willkürlich beeinträchtigt werden könnte. Ob der Gläubiger erst im Augenblicke der Zwangsvollstreckung auf das Pfand-

[1]) Vgl. Jäckel S. 28 Anm. 16; Kranichfeld S. 18 Nr. 4; Willenbücher und v. Wilmowski a. a. O.

[2]) Vgl. Cosack S. 43, 44; Jäckel S. 51; v. Wilmowski S. 516; R.-G. (II.) 17. Okt. 1884, Entsch. Bd. XII. S. 400; (V.) 7. Jan. 1886, Bolze Bd. II. Nr. 596, 597, Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 1087, jur. Wochenschr. 1886 S. 74; (III.) 30. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 47; O.-L.-G. Braunschweig 23. Jan. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 293. A. M. Korn S. 24 ff., der den Mangel barer Mittel für genügend hält; Menzel S. 53, der die gewöhnliche Vollstreckung in das bewegliche Vermögen, und Otto S. 236, der jeden einzelnen erfolglosen Versuch für ausreichend erklärt.

[3]) Vgl. R.-G. (V.) 7. Jan. 1886 a. a. O.

recht verzichtet oder ob er schon vorher darauf verzichtet hatte, kann aber einen Unterschied nicht begründen. [1])

Andererseits steht der Annahme der Erfolglosigkeit der Umstand nicht entgegen, dass Vermögen, welches zur vollständigen Befriedigung ausreichen würde, zwar vorhanden, aber verborgen und somit thatsächlich der Zwangsvollstreckung entzogen ist,[2]) ebensowenig die Thatsache, dass Vermögensgegenstände vorgefunden wurden, welche bereits zugunsten anderer Forderungen verpfändet oder gepfändet sind oder von dritten Personen als Eigentum in Anspruch genommen werden. Man kann dem Gläubiger nicht zumuten, dass er das Ergebnis eines Widerspruchsprozesses abwarte.[3]) Auch wenn der Anfechtende selbst die vorhandenen Sachen als sein Eigentum in Anspruch nimmt, sind dieselben nicht als Gegenstand der Zwangsvollstreckung zur Befriedigung von dessen Forderung zu betrachten, daher steht das Vorhandensein solcher Sachen der Annahme der Erfolglosigkeit nicht entgegen.[4]) Dass der Gläubiger die Leistung des Offenbarungseides verlangt habe, kann von ihm nicht gefordert werden, da es an einer Gesetzesvorschrift fehlt, nach welcher der Gläubiger sich die Beschränkung des Beweises auf diese einzelne Form gefallen lassen müsste.[5]) Dagegen wird die Thatsache der Leistung des Offenbarungseides als hinreichender Beweis für die Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung zu betrachten sein.[6]) Wenn der Schuldner zwar kein der Vollstreckung unterliegendes bewegliches Vermögen, wohl aber noch Grundbesitz hat, so wird dieser regelmässig so stark belastet sein, dass die Erfolglosigkeit einer Vollstreckung zugunsten rein persönlicher Forderungen mit Sicherheit vorauszusehen ist. Mit Rücksicht hierauf hat die Streitfrage, ob die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen genügt, geringe Bedeutung. Im allgemeinen muss jedoch anerkannt werden, dass auch auf unbewegliche Sachen Rücksicht zu nehmen ist. Auch sie gehören zum Vermögen des Schuldners.[7])

2) Die Beantwortung der Frage, ob trotz der Unterlassung von Vollstreckungsversuchen angenommen werden dürfe, dass eine Vollstreckung voraussichtlich nicht zur vollständigen Befriedigung des Gläubigers führen werde, ist grundsätzlich dem richterlichen Ermessen überlassen.[8]) Die Frage ist zu bejahen, wenn nachgewiesen wird, dass ein anderer Gläubiger erfolglos die Vollstreckung versucht und der Schuldner in der Zwischenzeit neues Vermögen nicht erworben hat.[9]) Die Bejahung ist auch dann gerechtfertigt, wenn zwar der Vollstreckung unterworfene Vermögensgegenstände vorhanden sind, dieselben aber nur eine unsichere Aussicht auf Befriedigung eröffnen. So wurde z. B. angenommen, dass eine Leibzucht, welche an die Stelle veräusserter beweglicher und unbeweglicher Sachen getreten war, wegen der Ungewissheit der Dauer des Bezugsrechtes keine Sicherheit für vollständige Befriedigung gewähre.[10]) Auch nach vollzogener Pfändung kann sich herausstellen, dass die Verwertung der gepfändeten Gegenstände zur vollständigen Befriedigung nicht führen werde.[11])

[1]) A. M. R.-G. (III.) 25. Nov. und 19. Dez. 1884, Entsch. Bd. XII. S. 204 ff., bes. S. 214, 215, Bolze Bd. I. Nr. 554.

[2]) Vgl. R.-G. (VI.) 25. Nov. 1886, jur. Wochenschr. 1887 S. 3 und 4; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Archiv Bd. 40 S. 34.

[3]) Vgl. Cosack S. 44; Hartmann S. 73; Menzel S. 54; v. Völderndorff Bd. III. S. 150; R.-G. (V.) 13. Mai 1885, Blum, Urt. u. Ann. Bd. II. S. 454.

[4]) Vgl. R.-G. (V.) 13. Mai 1885 a. a. O.

[5]) Vgl. Cosack S. 43; Hartmann S. 73; Jäckel S. 55; R.-G. (IV.) 17. Nov. 1883, Entsch. Bd. X. S. 235, 236; A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 150 Anm. 21; O.-L.-G. Braunschweig 23. Jan. 1883, Seuffert, Arch. Bd. 38 S. 293.

[6]) Vgl. Otto S. 236; v. Völderndorff Bd. III. S. 148.

[7]) Vgl. Cosack S. 43; Scherer Bd. I. S. 271; v. Völderndorff Bd. III. S. 149 Anm. 19.

[8]) Vgl. R.-G. (II.) 25. Jan. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 367.

[9]) Vgl. Hartmann S. 72; Otto S. 236; v. Völderndorff Bd. III. S. 151; O.-L.-G. Braunschweig 4. April 1884, Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 34.

[10]) Vgl. R.-G. (VI.) 11. Okt. 1886, Bolze Bd. III. Nr. 388; O.-L.-G. Braunschweig a. a. O.

[11]) Vgl. Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 144.

Gelangt der Richter zur Annahme, dass der Gläubiger durch die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners voraussichtlich vollständige Befriedigung nicht erlangen werde, so darf er die Anfechtungsklage nicht deswegen abweisen, weil der Gläubiger nicht vor Ausübung des Anfechtungsrechtes die wenigstens teilweise mögliche Befriedigung gesucht habe. Das Gesetz verlangt nicht, dass der Gläubiger unter allen Umständen zunächst seine Befriedigung bei dem Schuldner suchen müsse und nur wegen des etwaigen Restes seiner Forderung sich an den Anfechtungsbeklagten halte. Vielmehr gewährt dasselbe das Anfechtungsrecht bei voraussichtlich unvollständiger Befriedigung unbedingt. [1])

3) Der im § 2 vorausgesetzte Zustand des Vermögens, in welchem dasselbe bei einer Zwangsvollstreckung zur Befriedigung des Gläubigers gar nicht oder nicht vollständig ausreicht, ist weder mit Zahlungsunfähigkeit noch mit Vermögensunzulänglichkeit gleichbedeutend. Dieser Zustand bedeutet mehr als blosse Zahlungsunfähigkeit, denn letztere besteht nur im Mangel bereiter Mittel zur sofortigen Befriedigung der vorhandenen Gläubiger, und zwar zu derjenigen Befriedigung, welche sich mit dem Gegenstande der Forderung deckt (Geld bei Geldschulden u. s. w.), schliesst aber nicht das Vorhandensein von Vermögensgegenständen aus, welche im Wege der Zwangsvollstreckung zur vollständigen Befriedigung eines einzelnen Gläubigers dienen können. (Vgl. auch Bem. I. 3 zu § 23 S. 110.) Deswegen genügt weder die Glaubhaftmachung noch die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit. Der Wortlaut des § 4 steht dem nicht entgegen. Auch dort ist nicht von Zahlungsunfähigkeit im engern Sinne die Rede. (Bem. I. zu § 4.) Der in § 2 vorausgesetzte Vermögenszustand kann zwar thatsächlich mit der Vermögensunzulänglichkeit zusammenfallen, besonders dann, wenn der Schuldner nichts verheimlicht oder beiseitegeschafft hat. Aber begrifflich decken sich diese beiden Zustände nicht; das Vermögen des Schuldners kann thatsächlich noch einen solchen Wert haben, dass daraus alle Gläubiger befriedigt werden könnten, während die Zwangsvollstreckung nicht einmal zur vollständigen Befriedigung eines einzigen Gläubigers führt, weil viele Vermögensgegenstände verheimlicht oder beiseitegeschafft worden sind. In einem solchen Falle ist die Voraussetzung des § 2 gegeben, obwohl Vermögensunzulänglichkeit nicht vorliegt.[2]) Der in § 2 vorausgesetzte Vermögenszustand braucht nur in demjenigen Zeitpunkte vorzuliegen, in welchem der Gläubiger Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sucht. Der Zustand zur Zeit der anfechtbaren Handlung ist gleichgültig.[3]) Der Beweis der thatsächlichen oder voraussichtlichen Erfolglosigkeit kann durch Eideszuschiebung an den Beklagten nicht geführt werden, weil die Überzeugung von der Erfolglosigkeit ein Urteil ist, das auf der Erkenntnis anderer einfacher Thatumstände aufgebaut wird und deshalb nicht der Partei sondern dem Richter zusteht.[4])

IV. Einwendungen des Anfechtungsbeklagten.

Die Einwendungen des Anfechtungsbeklagten können sich beziehen: 1) auf den vollstreckbaren Titel und die diesem zu Grunde liegende Forderung, 2) auf die behauptete Erfolglosigkeit der Vollstreckung und 3) auf den Gegenstand der Rückgewähr.

[1]) Vgl. Steinbach S. 128; v. Wilmowski S. 516; R.-G. (III.) 30. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 44 ff., bes. S. 48. A. M. Hartmann S. 73.

[2]) Vgl. Cosack S. 43; Menzel S. 55; R.-G. (VI.) 24. März 1887 u. 6. Febr. 1888, Bolze Bd. IV. Nr. 362 und Bd. V. Nr. 344. Von Hartmann S. 71; Jäckel S. 49 ff.; Jess im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 44 ff.; Steinbach S. 128 und v. Wilmowski S. 515 Nr. 3 wird die Voraussetzung zwar richtig aufgefasst, der Zustand aber fälschlich als Zahlungsunfähigkeit bezeichnet. A. M. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 349 § 132 Nr. 2; Eccius Bd. I. S. 776 § 114 Nr. 1d; Korn S. 24 ff.; Kranichfeld S. 19 Nr. 6; Otto S. 234 ff.; Willenbücher S. 272 Nr. II., welche annehmen, dass Zahlungsunfähigkeit genüge.

[3]) Vgl. bayer. oberstes Landesg. 26. März 1886, Samml. Bd. XI. S. 373.

[4]) Vgl. Hartmann S. 74; v. Völderndorff Bd. III. S. 151 Text zu Anm. 28; v. Wilmowski S. 515 Nr. 3.

1) Einwendungen gegen den vollstreckbaren Titel müssen im eigenen Rechte des Beklagten ihren Grund haben. Hieher gehören die Einwendungen, dass der Titel gefälscht oder nicht vollstreckbar, der Anspruch noch nicht fällig oder bereits getilgt sei. Auch wenn der Schuldner selbst gezahlt hat, steht die letztere Einrede dem Anfechtungsbeklagten aus eigenem Rechte zu, weil dann eine wesentliche Voraussetzung der Anfechtung, der Mangel der Befriedigung des Anspruches, fehlt. Überhaupt sind hieher alle Einwendungen zu rechnen, welche nach Erlangung des vollstreckbaren Titels entstanden sind und die Vollstreckung hemmen. (§ 686, 705 C.-P.-O.)[1] Der Beklagte kann auch diese Umstände im Wege der Einrede geltend machen, weil er nicht die Aufhebung sondern nur die Unwirksamkeit des vollstreckbaren Titels anstrebt; deshalb gilt für den Anfechtungsbeklagten statt der Vorschrift des § 686 Abs. 3 nur die des § 251 der C.-P.-O.[2]) Höchstpersönliche Einreden können dem Schuldner nach Verkündung des Urteiles nicht leicht entstehen; sofern eine solche nachträglich mit der Kraft, die Vollstreckung zu hemmen, vorgebracht werden kann, muss sie aber auch dem Anfechtungsgegner zustehen, da die Anfechtung die Zulässigkeit der Vollstreckung gegen den Schuldner voraussetzt.[3])

Dagegen sind alle Einreden ausgeschlossen, welche dem Verfügungsrechte des Schuldners entstammen. Selbstverständlich ist dies in Ansehung derjenigen Einreden, welche durch das Urteil beseitigt worden sind, denn wenn auch die Rechtskraft sich nur auf die Parteien erstreckt, so würde doch das Erfordernis des vollstreckbaren Titels zwecklos sein, falls der Anfechtungsgegner auf den durch Urteil erledigten Streit über das Forderungsrecht zurückkommen dürfte. Ausgeschlossen ist daher die Einrede, dass die Forderung simuliert, die Schuldurkunde erzwungen, die Schuld schon vor Erlass des Urteiles getilgt worden sei, mag auch die ganze Prozessführung nur dem Zwecke der Simulation gedient haben. Ebenso verhält es sich mit einer Einrede, welche der Schuldner in dem an den Wechselprozess sich anschliessenden Nachverfahren vorbringen könnte.[4]) Auch die Einrede, der Schuldtitel sei in anfechtbarer Weise erlangt worden, ist unzulässig, weil die Anfechtung immer eine Forderung des Anfechtenden gegen denjenigen voraussetzt, dessen Vermögen durch die anfechtbare Handlung angeblich verringert worden ist (§ 5), der Anfechtungsgegner also seinerseits eine Forderung gegen den Schuldner des anfechtenden Gläubigers haben müsste, welche ihm das Recht giebt, das Rechtsgeschäft anzufechten, auf dem die Forderung des anfechtenden Gläubigers beruht. Selbst wenn diese Voraussetzung vorliegen sollte, wäre die Anfechtung seitens des Anfechtungsgegners gegenstandslos, weil derselbe, wenn er mit der Anfechtung durchdringen würde, doch nur behielte, was er schon hat, also nicht durch die Anfechtung Befriedigung für seine Forderung an den Schuldner erlangen könnte. Der Anfechtungsbeklagte dürfte auch nicht geltend machen, dass ihm gegenüber die Forderung des anfechtenden Gläubigers unwirksam sei, denn die Bedingungen des § 2 haben nur die Bedeutung, dass die Anfechtung auf solche Fälle beschränkt wird, in denen eine gegenüber dem Schuldner wirksame und vollstreckbare Forderung vorliegt, so dass es auf die Wirksamkeit gegenüber Dritten nicht ankommt.[5]) Dagegen ist eine Einrede des Inhaltes zulässig,

[1]) Vgl. Cosack S. 37; Hartmann S. 66; Jäckel S. 25 ff.; Jess im Arch. für civ. Pr. Bd. 68 S. 44; Korn S. 16, 17; Kranichfeld S. 18 Nr. 4; Menzel S. 45; v. Völderndorff Bd. III. S. 145 Anm. 12; Willenbücher S. 271 Nr. 3; v. Wilmowski S. 514.

[2]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 775 § 114 Anm. 27; Hartmann S. 68; Menzel S. 46; Steinbach S. 126; v. Wilmowski S. 514. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 145 Anm. 12.

[3]) Vgl. Menzel a. a. O. A. M. Jess a. a. O.

[4]) Vgl. Cosack S. 39; Eccius Bd. I. S. 775; Jäckel S. 21 ff.; Jess im Arch. f. civ. Pr. Bd. 68 S. 36 ff.; Korn S. 19; Menzel S. 47, 48; Steinbach S. 126; Willenbücher S. 271 Nr. 3c.; v. Wilmowski S. 514; R.-G. (I. H.-S.) 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 188. A. M. Otto S. 239; v. Völderndorff Bd. III. S. 144 Anm. 11 und bezüglich der Simulation Korn S. 18; Eccius, Steinbach, Willenbücher a. a. O.

[5]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 775 § 114 Anm. 27; Hartmann S. 66; Jäckel S. 23, 24 Anm. 11; R.-G.

dass Schuldner und Gläubiger den vollstreckbaren Titel, der nicht in einem rechtskräftigen Urteile besteht, durch „Kollusion“ geschaffen haben.[1]) Obwohl die Erteilung der Vollstreckungsklausel nicht nachgewiesen werden muss (Bem. II. 3 S. 652), kann ferner der Anfechtungsgegner doch einredeweise zeigen, dass die Klausel noch nicht erteilt werden dürfe, weil er damit den Mangel der Vollstreckbarkeit nachweist.

2) Hinsichtlich der Erfolglosigkeit der Zwangsvollstreckung kann der Gegner das Vorhandensein von Vermögen des Schuldners darthun, welches der Vollstreckung unterliegt und aus welchem der Gläubiger vollständige Befriedigung erlangen kann. Dieser Einwand greift auch dann durch, wenn die in Frage stehenden Gegenstände dem Gläubiger oder dem Gerichtsvollzieher zur Zeit des Vollstreckungsversuches verborgen geblieben waren.[2]) Ebenso gehört hieher der Einwand, dass die Vollstreckung nicht erschöpfend gewesen oder nicht ernstlich versucht worden sei (Bem. III. 1 S. 653, 654).

3) Bezüglich des Gegenstandes der Rückgewähr steht dem Anfechtungsgegner der Einwand zu, dass er bereits einem andern Gläubiger oder dem Konkursverwalter Rückgewähr geleistet habe. Soweit der Gegner nur für die Bereicherung haftet, darf er auch einwenden, dass weder die fraglichen Gegenstände noch ein Entgelt hiefür in seinem Vermögen seien. Dagegen ist der Beweis der Wertlosigkeit der zurückzugewährenden Gegenstände unerheblich. Auch der Gläubiger braucht aber nicht zu beweisen, dass der Gegenstand der Rückgewähr ihm Befriedigung verschaffe, oder dass auf die in anfechtbarer Weise errichtete Hypothek ein Teil des Erlöses fallen werde, welcher infolge der Anfechtung dem Gläubiger zu gute komme.[3])

§ 3.

Anfechtbar sind:

1. Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat;
2. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches geschlossenen entgeltlichen Verträge des Schuldners

 mit seinem Ehegatten, vor oder während der Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Verwandten in auf- und absteigender Linie, mit seinen oder seines Ehegatten voll- und halbbürtigen Geschwistern, oder mit dem Ehegatten einer dieser Personen,

(I. H.-S.) 22. Febr. 1882, Entsch. Bd. VII. S. 188. A. M. Cosack S. 38; Korn S. 20; Menzel S. 46; v. Wilmowski S. 515; O.-L.-G. Dresden 22. Febr. 1887, Wengler, Arch. Bd. VIII. S. 328.

[1]) Vgl. Eccius Bd. I. S. 775; Hartmann S. 68; Korn S. 20; Kranichfeld S. 18 Nr. 4; Menzel S. 49; v. Völderndorff Bd. III. S. 145; Willenbücher S. 271 Nr. 3b; v. Wilmowski S. 514; R.-G. (I. H.-S.) 22. Febr. 1882 a. a. O.

[2]) Vgl. Cosack S. 43, 44; Hartmann S. 72; Kranichfeld S. 18, 19 Nr. 4; Menzel S. 54; Nessel in Gruchots Beitr. Bd. 28 S. 143; Otto S. 236; Willenbücher S. 272 Nr. 1; R.-G. (II.) 17. Okt. 1884, Gruchots Beitr. Bd. 29 S. 122 ff.; (VI.) 28. Okt. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 414, 415. A. M. Jäckel S. 54 ff., 57; v. Völderndorff Bd. III. S. 149 Anm. 20.

[3]) Vgl. R.-G. (VI.) 28. Okt. 1886, jur. Wochenschr. 1886 S. 414, 415; O.-L.-G. München 3. Nov. 1888, Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 165 ff., bes. S. 168.

sofern durch den Abschluss des Vertrages die Gläubiger des Schuldners benachteiligt werden und der andere Teil nicht beweist, dass ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war;

3. die in dem letzten Jahre vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen, sofern nicht dieselben gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke zum Gegenstande hatten;

4. die in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches von dem Schuldner vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen zugunsten seines Ehegatten, sowie eine innerhalb dieses Zeitraumes von ihm bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsgutes oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war.

(E. § 3; M. S. 17—19; K.-O. §§ 24—25.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Als Anfechtungsgründe gelten ausserhalb des Konkurses im allgemeinen die nämlichen Thatbestände wie bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter, jedoch mit zwei erheblichen Abweichungen. Einmal fehlen nämlich hier die dem Inhalte des § 23 entsprechenden Thatbestände, weil diese ihrer Natur nach nur für die Anfechtung durch den Konkursverwalter passen. Sodann ist für die Berechnung der Fristen des § 3 Z. 2—4, welche mit denen in § 24 Z. 2 und § 25 übereinstimmen, statt der Konkurseröffnung der Zeitpunkt massgebend, in welchem der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist. (Bem. II. S. 659.) Mit Rücksicht auf die sonstige Übereinstimmung der Thatbestände des § 3 mit denen der §§ 24 und 25 K.-O. und da für deren Auslegung dieselben Gesichtspunkte massgebend sind,[1]) ist für die Erläuterung der einzelnen Anfechtungsgründe auf die Bemerkungen zur Konkursordnung und die darauf bezüglichen Nachträge zu verweisen. Die Rücksicht auf die gleichmässige Befriedigung sämtlicher Gläubiger ist zwar bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses nicht massgebend gewesen. (Einleitung Bem. II.) Trotzdem kann aber auch ausserhalb des Konkurses die Befriedigung insbesondere die Zahlung fälliger Forderungen angefochten werden, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 3 Z. 1 vorliegen. Man kann nicht sagen, dass Gläubiger und Schuldner hier immer bloss die dem Rechte entsprechenden Folgerungen aus den gegebenen Verhältnissen ziehen und deshalb die Anfechtbarkeit der Befriedigung fälliger Forderungen niemals vorliegen könne. Der Schuldner leistet und der Gläubiger nimmt die Zahlung in solchen Fällen, in welchen die Anfechtung begründet ist, nicht bloss in Ausübung eines Rechtes. Vielmehr werden hier That-

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 9. Febr. 1883, Wengler, Arch. N. F. Bd. IV. S. 353.

sachen festgestellt, aus denen sich ergiebt, dass beide zugleich den Zweck verfolgen, andere Personen zu benachteiligen. Wenn der Schuldner weiss, dass andere Gleichberechtigte auf Erfüllung warten und, anstatt den Dingen ihren Lauf zu lassen oder die Konkurseröffnung herbeizuführen, sich mit einem einzelnen Gläubiger in Verbindung setzt und diesen befriedigt, damit die andern Gläubiger nichts erhalten, so sind die letztern nicht benachteiligt, weil der eine Gläubiger wachsamer war oder weil dieser sein Recht rechtzeitig ausgeübt hat, sondern weil die Rechtsausübung durch unlauteres z. B. hinterlistiges, heimliches Verhalten ermöglicht worden ist. (Bem. I. 5 zu § 24 S. 129 ff.) [1]) Bezüglich der Frage, ob eine objektive Benachteiligung vorliegt, sind hier im allgemeinen dieselben Gesichtspunkte entscheidend, wie bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter. (Bem. I. 4 zu § 24 S. 127 ff.) Es kommt in dieser Beziehung nur darauf an, ob durch die angefochtene Handlung die Befriedigung des anfechtenden Gläubigers ganz oder teilweise vereitelt wurde, indem solche Gegenstände, aus denen der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung hätte Befriedigung erlangen können, dem Vermögen des Schuldners entzogen wurden und sich ein Entgelt hiefür nicht vorfindet. Dass der Gläubiger immerhin soviel oder noch mehr erhält, als er bei gleichmässiger Befriedigung aller Gläubiger oder im Konkursverfahren empfangen würde, ist gleichgültig. Auf den Art. 2093 C. c. kann man sich dem gegenüber im Gebiete des rheinischen Rechtes nicht berufen. Der Gläubiger hat im allgemeinen ein Recht darauf, sich volle Befriedigung zu verschaffen, insbesondere durch Pfändung oder Arrest ein Pfandrecht zu erwerben. [2])

II. Die Fristen.

Das Anfechtungsgesetz stellt zwei Arten von Fristen auf, durch welche die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes eingeschränkt wird: eine Frist, innerhalb deren das Anfechtungsrecht aus § 3 Z. 1 ausgeübt sein muss, widrigenfalls es untergeht (§ 12), und Fristen, in deren Grenzen die Handlung vorgenommen sein muss, um anfechtbar zu sein. (§ 3 Z. 2—4.) In den letztern Fällen ist der Umstand, dass die anzufechtende Handlung innerhalb der in Frage stehenden Zeiträume vorgenommen wurde, ein Thatbestandsmerkmal des Anfechtungsgrundes. Nach § 3 Z. 2—4 sollen die dort bezeichneten Handlungen nur anfechtbar sein, wenn sie im letzten Jahre oder in den letzten zwei Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches vorgenommen wurden. Sofern die gerichtliche Geltendmachung durch Klagerhebung eintritt, beginnt die Rechtshängigkeit mit der Klagezustellung bezw. mit dem Vortrage in mündlicher Verhandlung (§§ 235, 254 C.-P.-O.); es muss also nachgewiesen werden, dass die Rechtshandlung nicht früher als ein bezw. zwei Jahre, von diesem Tage zurückgerechnet, erfolgte.[3]) Vom Tage der Klagezustellung ist auch dann auszugehen, wenn die Zustellung nicht in gehöriger Weise geschehen war, der Beklagte aber sich ohne Rüge dieses Mangels auf die Klage eingelassen hatte. (§§ 85, 267 C.-P.-O.) [4]) Wurde der Anfechtungsanspruch im Wege der Einrede oder Replik geltend gemacht, so fehlt der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit im Sinne der Civilprozessordnung, weil hienach Einreden und Repliken eine besondere Rechtshängigkeit überhaupt nicht begründen. (Petersen, Kommentar zur C.-P.-O. Bem. I. 1 zu § 235 S. 393.) Würde man den Begriff „Rechtshängigkeit“ hier streng im Sinne der C.-P.-O. auffassen, so würde für diese Fälle die Möglichkeit der Fristberechnung ganz fehlen. Man käme entweder zu dem Ergebnisse, dass die Anfechtungsgründe der Z. 2—4 im Wege der Einrede und Replik gar nicht verfolgt

[1]) Vgl. noch Jäckel S. 72 ff.; R.-G. (III.) 27. März 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 179; R.-G. (II.) 1. Febr. 1889, Entsch. Bd. 23 S. 9, jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 14 S. 289 ff.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 1. Nov. 1889 i. S. R. g. M. und Schr. Rep. II. Nr. 185/89.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 66 ff.; bayer. oberstes Landesg. 7. Dez. 1886, Samml. Bd. XI. S. 525.

[4]) Vgl. R.-G. (III.) 20. April 1883 a. a. O., bes. S. 69.

werden können, was unvereinbar mit § 5 ist, der das Streben erkennen lässt, die Möglichkeit der einredeweisen Geltendmachung zu erweitern, nicht zu beschränken; oder man müsste annehmen, dass diese Anfechtungsgründe mittels Einrede und Replik zeitlich unbeschränkt geltend gemacht werden dürfen, womit in das Gesetz ein fühlbarer Widerspruch hineingetragen würde, da derselbe Anfechtungsgrund bald zeitlich beschränkt, bald ohne diese Beschränkung geltend gemacht werden könnte. Da ebensowenig angenommen werden kann, dass die Fristen durch Einrede bezw. Replik nicht gewahrt werden können, als dass bei einer derartigen Geltendmachung die zeitliche Beschränkung wegfällt, muss hier dem Begriffe der Rechtshängigkeit eine weitere Bedeutung als die technisch-prozessuale gegeben werden, welche derselbe nach der Civilprozessordnung hat. Dafür sprechen auch die Motive zum Anfechtungsgesetze. In diesen wurde (S. 19) bemerkt, dass die erwähnte Zeitbestimmung dem bayerischen und württembergischen Entwurfe sowie dem preussischen Gesetze vom 9. Mai 1855 entspreche. In dem letztern Gesetze wurde aber die Frist vom Tage der Anbringung der Klage oder der Einrede berechnet und im bayerischen Entwurfe (Art. 35, 36) ist der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes als massgebend bezeichnet. Hieraus ergiebt sich, dass für den Fall der schriftlichen Klage der Tag der Zustellung entscheidend bleibt, weil an diesen alle sonstigen Wirkungen der gerichtlichen Geltendmachung geknüpft sind (§§ 235 ff. C.-P.-O.), während in allen andern Fällen der Tag des Vortrages in der mündlichen Verhandlung massgebend ist.[1]) Wegen der Fristberechnung ist im übrigen auf Vorbemerkung 3 zu §§ 22 ff. S. 88 zu verweisen. Da die Wahrung der Fristen des § 3 Z. 2—4 nach dem obigen einen Teil der materiellen Voraussetzungen des Anfechtungsanspruches bildet, die Fristen folglich nicht Prozessfristen sind, so ist gegen ihren Ablauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht zulässig.[2])

Wenn die Klage zurückgenommen wurde, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit; die Klage wird als nicht anhängig angesehen. (§ 243 Abs. 3 C.-P.-O.) Will der Kläger später mit einer neuen Klage dieselbe Rechtshandlung nochmals anfechten, so ist hienach keine Rücksicht darauf zu nehmen, dass zur Zeit der ersten Klagerhebung die Rechtshandlung innerhalb der Frist lag. Vielmehr ist zu prüfen, ob, vom Zeitpunkte der zuletzt eingetretenen Rechtshängigkeit zurückgerechnet, die Fristen nicht überschritten sind. [3])

§ 4.

Hat der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte oder seine Forderung fällig war, denjenigen, welchem gegenüber eine im § 3 Z. 2—4 bezeichnete Rechtshandlung vorgenommen ist, von seiner Absicht, die Handlung anzufechten, durch Zustellung eines Schriftsatzes in Kenntnis gesetzt, so wird die Frist von dem Zeitpunkte der Zustellung zurückgerechnet, so-

[1]) Vgl. Cosack S. 100; Hartmann S. 118, 119; Jäckel S. 159, 160 Anm. 8; Kranichfeld S. 274 Nr. 15; R.-G. (V.) 21. April 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 219, 220, Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1164; O.-L.-G. Hamburg 15. April 1882, Hanseat. Gerichtszeit. 1882 (Beibl.) S. 79. A. M. Fischer, Lehrb. des preuss. Privatr. S. 769; Menzel S. 107, 108; v. Wilmowski S. 518 Nr. 2, welche den Begriff „Rechtshängigkeit“ streng im Sinne der Civilprozessordnung auslegen. v. Völderndorff Bd. III. S. 155 will im Widerspruche mit den Worten des Gesetzes die Frist nach dem Zeitpunkte der Erhebung jener Klage berechnet wissen, gegen welche einredeweise das Anfechtungsrecht geltend gemacht wird; die Rechtshängigkeit dieser Klage begründet aber nicht Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. XVII. S. 70.

[3]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 155, 156.

fern schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war und bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit diesem Zeitpunkte der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden ist.

(E. § 4; M. S. 20, 21.)

I. Zweck und Voraussetzungen der Fristerstreckung.

Nach dem durch die §§ 2 und 3 geschaffenen Rechtszustande ist es möglich, dass die in § 3 Z. 2—4 vorgesehene Frist von einem Jahre bezw. von zwei Jahren seit Vornahme der Rechtshandlung verstreicht, ehe die Forderung des Gläubigers fällig geworden ist oder der Gläubiger für seine Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangen konnte. Um einer hieraus entspringenden Beschränkung des Anfechtungsrechtes vorzubeugen, ermöglicht das Gesetz eine Verlängerung der in § 3 Z. 2—4 vorgesehenen Frist unter folgenden Voraussetzungen, deren richterliche Feststellung jedoch erst im spätern Prozesse über die Anfechtung selbst erfolgt:

1) Es muss bereits eine, wenn auch nur bedingte oder befristete, Forderung zugunsten dessen bestehen, der den Anfechtungswillen hat;

2) die Fristerstreckung wird dem Gläubiger gewährt, dessen Forderung entweder fällig aber nicht vollstreckbar oder vollstreckbar aber noch nicht fällig oder weder fällig noch vollstreckbar ist;[1]

3) seitens des Schuldners muss eine anfechtbare Handlung bereits zu der Zeit vorgenommen sein, wo der Gläubiger die Fristerstreckung herbeiführen will;

4) der Schuldner muss sich schon zu dieser Zeit in demjenigen Vermögenszustande befinden, den die Anfechtung voraussetzt.

Das Gesetz knüpft die Fristerstreckung an die Bedingung, dass „schon zu dieser Zeit der Schuldner zahlungsunfähig war“. Im Entwurfe standen die dem Inhalte des § 2 mehr entsprechenden Worte „sofern schon zu dieser Zeit der Schuldner zur Befriedigung seiner Gläubiger unfähig war“; erst die Reichstagskommission setzte an diese Stelle den Ausdruck „zahlungsunfähig“, ohne dass sich feststellen lässt, ob dieselbe von der oben (Bem. III. 3 zu § 2 S. 655) als unzutreffend bezeichneten Ansicht ausging, dass dieser Ausdruck der in § 2 vorausgesetzten Vermögenslage entspreche, oder ob dieselbe hier eine von § 2 abweichende Voraussetzung aufstellen wollte. Aus dem Beisatze „schon zu dieser Zeit“ ergiebt sich jedoch, dass mit den nachfolgenden Worten lediglich das Vorhandensein desjenigen Zustandes verlangt wird, der — abgesehen von § 4 — zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anfechtungsrechtes gegeben sein muss. Es ist hienach ebenso wie bei § 3 anzunehmen, dass das Anfechtungsgesetz den technischen Ausdruck eines andern Gesetzes in ungenauer Weise gebraucht hat.[2] Demnach muss in dieser Beziehung im spätern Prozesse nachgewiesen werden, dass schon zur Zeit der aussergerichtlichen Mitteilung die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt haben würde; die andere Möglichkeit des § 2 kommt hier nicht in Betracht, weil bezüglich der hier in Frage stehenden Forderungen eine Vollstreckung nicht zulässig ist.

II. Form und Inhalt der Mitteilung.

1) Das Recht zur Fristerstreckung wird ausgeübt durch Zustellung eines Schriftsatzes an denjenigen, gegenüber welchem die anzufechtende Rechtshandlung vorgenommen

[1]) Vgl. Cosack S. 101 Anm. 18; Jäckel S. 163; v. Völderndorff Bd. III. S. 159; Willenbücher S. 274; v. Wilmowski S. 519.

[2]) Vgl. v. Wilmowski S. 519; R.-G. (VI.) 25. Nov. 1886 und 9. Juni 1887, Bolze Bd. III. Nr. 377, Bd. IV. Nr. 377, jur. Wochenschr. 1887 S. 3, 4 und 328, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 180. A. M. Cosack S. 102; Korn S. 3; Otto S. 233.

wurde, oder an denjenigen Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben werden soll. (§ 11 Abs. 3 und Bem. 2 zu § 11.) Dieser Schriftsatz bedarf keiner besondern Form insbesondere nicht der Unterschrift eines Anwaltes. Auch für die Zustellung und deren Nachweis ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben; da es sich um eine Zustellung ausserhalb des Prozessverfahrens handelt und die Ausdrücke „Rechtshängigkeit" und „Zahlungsunfähigkeit" nicht im Sinne der Civilprozessordnung bezw. Konkursordnung gebraucht sind, kann noch viel weniger angenommen werden, dass der unbestimmte Ausdruck „Zustellung" gerade die technische Bedeutung der civilprozessualen Zustellung haben soll.[1]) Der Gläubiger wird übrigens wohl daran thun, die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher vornehmen zu lassen, weil auf diesem Wege der Nachweis am besten gesichert wird. § 152 Abs. 2 der C.-P.-O., nach welchem der Gerichtsschreiber verpflichtet ist, die Beauftragung eines Gerichtsvollziehers zu vermitteln, trifft hier keinesfalls zu, weil die Zustellung weder in einem anhängigen Prozesse erfolgt, noch die Rechtshängigkeit herbeizuführen bestimmt ist.[2]) Das Landesrecht kann eine bestimmte Form, z. B. die Zustellung durch Gerichtsvollzieher oder Notar, ausdrücklich zulassen aber nicht unbedingt vorschreiben, weil das Reichsgesetz dem Gläubiger die Wahl lässt.[3])

2) Der Inhalt des Schriftsatzes besteht in der Erklärung, dass der Gläubiger die Absicht habe, eine nach Zeit, Ort und Gegenstand bestimmte Rechtshandlung des Schuldners anzufechten; die Erklärung muss derart genau sein, dass zunächst der Schuldner und später der Richter erkennen kann, von welchem Gläubiger sie ausgeht, welche Forderung sie betrifft[4]) und wegen welcher Handlung sie erfolgt. Dagegen ist nicht notwendig die Angabe der Gesetzesbestimmung bezw. die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes.[5]) Für eine andere Handlung als die in der Erklärung bezeichnete wird die Frist nicht erstreckt; ebenso kann die Zustellung auch nur zugunsten der bezeichneten Forderung wirken. Wenn diese untergeht oder vom Gläubiger veräussert wird, so kann der Gläubiger aus der Mitteilung hienach keine Rechte zugunsten einer andern Forderung ableiten, welche er erst später erworben hat. Andernfalls wäre die Voraussetzung zwecklos, dass der anfechtende Gläubiger schon zur Zeit der Mitteilung eine Forderung gehabt haben muss. Die Mitteilung wirkt aber auch nicht zugunsten einer andern Forderung, welche dem Gläubiger damals schon zustand, weil das Anfechtungsrecht in einem Abhängigkeitsverhältnisse zur Forderung steht (Bem. II. 1 zu § 1 S. 645), folglich die Anfechtbarkeit gegenüber jeder Forderung des Gläubigers besonders geprüft werden muss.[6])

III. Die Wirkung der Zustellung.

Wenn die Zustellung unter den angegebenen Voraussetzungen erfolgt ist, muss der Richter bei Berechnung der Fristen des § 3 Z. 2—4 von dem Tage der Zustellung ausgehen anstatt vom Tage der „Rechtshängigkeit", sofern nur die letztere binnen zwei Jahren, vom Tage der Zustellung jener Erklärung ab gerechnet, eingetreten ist. Auch hier bezeichnet „Rechtshängigkeit" die Thatsache der gerichtlichen Geltendmachung (Bem. II. zu § 3 S. 659). Wenn der Gläubiger den Anfechtungsanspruch binnen zwei Jahren nach jener Zu-

[1]) Vgl. Cosack S. 103; v. Wilmowski S. 519. A. M. Dernburg (IV. Aufl.) Bd. II. S. 350; Hartmann S. 145; Jäckel S. 165; Otto S. 234; Scherer Bd. I. S. 301; v. Völderndorff Bd. III. S. 163.

[2]) Vgl. Hartmann S. 145; Jäckel S. 165 Anm. 21; v. Völderndorff Bd. III. S. 163; Willenbücher S. 274 Nr. 3; v. Wilmowski S. 519. A. M. Otto S. 234.

[3]) Vgl. Cosack S. 103. A. M. Willenbücher S. 274 Nr. 3.

[4]) Vgl. Hartmann S. 144; Jäckel S. 163, 164; Steinbach S. 130, 131; v. Völderndorff Bd. III. S. 163; v. Wilmowski S. 519. A. M. Cosack S. 102; Krasnopolski S. 126; Menzel S. 113.

[5]) Vgl. v. Wilmowski S. 519. A. M. Kranichfeld S. 36 Nr. 4.

[6]) Vgl. Hartmann S. 144; Steinbach S. 131.

stellung gerichtlich geltend macht, so wird er ebenso behandelt, als sei schon durch die gemäss § 4 erfolgte Zustellung die Rechtshängigkeit begründet worden. Diese Wirkung ist nicht dadurch bedingt, dass die Zustellung zu dem ausgesprochenen Zwecke erfolgt, die Fristverlängerung herbeizuführen. Auch einer (zugestellten, aber nachträglich zurückgezogenen oder abgewiesenen) Anfechtungsklage muss vielmehr die nämliche Wirkung zukommen, sofern dieselbe die in § 4 vorgesehene Erklärung enthält. § 243 der C.-P.-O. kann hier nicht zur Anwendung kommen, weil derselbe sich bloss auf die Beseitigung der Rechtshängigkeit bezieht.[1]) Der Vorteil der Fristverlängerung kommt auch dem Rechtsnachfolger des Gläubigers zu gute.[2]) Der Konkursverwalter des Schuldners kann dagegen aus der Mitteilung des Gläubigers keinerlei Rechtsfolgen zugunsten seiner Anfechtungsklage ableiten, weil er nicht als Rechtsnachfolger des Gläubigers klagt. Übrigens kann die Zustellung des Schriftsatzes hinsichtlich der Einhaltung der Frist wohl als Ersatz für die gerichtliche Geltendmachung dienen, weil in beiden Fällen eine Parteihandlung vorliegt, nicht aber als Ersatz für die richterliche Handlung der Konkurseröffnung, welche den Ausgangspunkt bei Berechnung der Fristen nach §§ 24, 25 K.-O. bildet.[3]) Wegen der Wirkungen für den Rechtsnachfolger desjenigen, an den die Zustellung erfolgte, vgl. Bem. 2 zu § 11.

Bei der in § 4 vorgesehenen zweijährigen Frist handelt es sich nicht um eine Verjährung. Dieselbe ist aber auch nicht als prozessuale sondern als civilrechtliche Ausschlussfrist anzusehen; für deren B e r e c h n u n g gelten daher die nämlichen Grundsätze wie bei § 3. Dasselbe gilt hinsichtlich der Unzulässigkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. (Bem. II. zu § 3.)[4])

§ 5.

Die Erhebung des Anfechtungsanspruches im Wege der Einrede kann erfolgen, bevor ein vollstreckbarer Schuldtitel für die Forderung erlangt ist; der Gläubiger hat denselben jedoch vor der Entscheidung binnen einer von dem Gerichte zu bestimmenden Frist beizubringen.

(E. —; M. —; Komm. E. § 4a.)

1) Die Reichstagskommission hat diesen § in den Entwurf eingeschaltet, um die Anfechtung im Wege der Einrede zugunsten der Verminderung von Prozessen zu erleichtern. Der wichtigste Fall für die Anwendung des § ist der, dass gegenüber dem Gläubiger nach Vollzug eines Arrestes gemäss § 690 C.-P.-O. mit der Widerspruchsklage die Freigebung einer mit Arrest belegten Sache verlangt wird und der Gläubiger diesem Angriffe mit der Anfechtung derjenigen Verfügung entgegentritt, auf welche der Kläger seine bessern Rechte stützen will. In diesem Falle hat der Gläubiger noch keinen vollstreckbaren Titel; die unbedingte Abweisung der Einrede würde denselben aber nicht nur später zu einem neuen Prozesse nötigen sondern ihm auch die Rechtsverfolgung möglicherweise erschweren, falls der frühere Erwerber die Sache weiter veräussert hat. Die Vorschrift passt aber auch auf jeden andern Fall, in welchem dem Gläubiger ein Gegenstand entwährt werden soll, der in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Schuldners gekommen ist.

[1]) Vgl. Cosack S. 102, 103; Hartmann S. 144, 145; Jäckel S. 164. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 164.

[2]) Vgl. Hartmann S. 143; Jäckel S. 168; Krasnopolski S. 128; Menzel S. 114; Steinbach S. 131.

[3]) A. M. Krasnopolski S. 128 Anm. 2.

[4]) Vgl. Cosack S. 98, 99; Hartmann S. 144; Jäckel S. 166 Anm. 23; Willenbücher S. 275 Nr. 4; v. Wilmowski S. 520. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 162 Anm. 7.

2) Der Gläubiger braucht hienach, um durch die Einrede der Anfechtbarkeit seine Verurteilung abzuwenden, zunächst einen vollstreckbaren Titel nicht nachzuweisen also auch den Bestand seiner Forderung nicht sofort zu beweisen[1]) und ebensowenig die Fälligkeit derselben darzuthun.[2]) In dieser Beziehung nimmt er vielmehr die nämliche Stellung ein wie im Prozesse über eine Anfechtungsklage; es ist abzuwarten, bis der vollstreckbare Titel vorliegt, welcher den Streit über den Bestand der Forderung selbst beseitigt (Bem. IV. 1 zu § 2 S. 656) und regelmässig auch die Fälligkeit klarstellt. Der Beklagte braucht deshalb nur zu behaupten, dass er Gläubiger einer fälligen, zur Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners geeigneten Forderung sei, und den Anfechtungsgrund näher zu bezeichnen, damit der Richter sofort prüfen kann, ob die Anfechtung nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen ist. Aus demselben Grunde muss der Gläubiger sofort den Beweis der auf seite des Schuldners erforderlichen Voraussetzung antreten. Erkennt der Richter nun, dass die Forderung nicht geeignet sei, die Befugnis zur Anfechtung zu begründen, oder dass die behauptete Rechtshandlung einen Anfechtungsgrund nicht abgebe, oder misslingt der Beweis über den Zustand des schuldnerischen Vermögens, so ist die Einrede nicht weiter zu berücksichtigen.[3]) Gelingt der erwähnte Beweis und erhellt aus den Behauptungen des Gläubigers nicht die Unzulässigkeit der Anfechtung, so hat das Gericht dagegen eine für die Erlangung des vollstreckbaren Titels ausreichende Frist zu bestimmen, bis zu deren Ablauf die Entscheidung über die Klage auszusetzen ist. Vor Ablauf dieser Frist darf das Gericht weder ein unbedingtes noch ein bedingtes Endurteil in der Hauptsache erlassen. Dagegen ist die Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nicht gehemmt. Würde sich nachträglich herausstellen, dass eine Prozessvoraussetzung fehlt, so dürfte die Abweisung des Klägers durch Urteil schon vor Ablauf der Frist erfolgen, weil es dann auf die Anfechtungseinrede in diesem Prozesse nicht mehr ankommt. Aus demselben Grunde ist auch ein Endurteil zulässig, welches die Klage gegen den anfechtenden Gläubiger wegen materieller Mängel abweist. Der Richter ist hienach nur gehindert, vor Ablauf der Frist ein den anfechtenden Gläubiger verurteilendes Endurteil zu erlassen. Dies gilt selbst dann, wenn dieser letztere in einer während des Laufes der Frist stattfindenden Verhandlung säumig wird. Die richterliche Frist ist als eine prozessuale nach den §§ 198—201 C.-P.-O. zu berechnen.

Wenn der Gläubiger zur Zeit der Geltendmachung der Einrede einen nur vorläufig oder unter Vorbehalt vollstreckbaren Titel hat, so bedarf es nicht erst einer Fristbestimmung und ist nicht abzuwarten, ob das Urteil in Rechtskraft erwächst oder der Vorbehalt gegenstandslos wird. Vielmehr ist über die Anfechtbarkeitseinrede sofort zu verhandeln und, wenn deren Voraussetzungen bewiesen werden, die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen.[4])

3) Wird innerhalb der Frist der vollstreckbare Titel beigebracht, so beweist derselbe ebenso wie bei der klageweisen Verfolgung des Anfechtungsrechtes die Forderung des Anfechtenden. Es genügt, dass dieselbe jetzt fällig ist, auch wenn sie es zur Zeit des Vorbringens der Einrede noch nicht war; für diese Auslegung spricht auch der Zweck des § 5, die Prozesse zu vermindern.[5]) Weiter ist aber dann noch über den Anfechtungsgrund zu verhandeln.

Wird innerhalb der Frist der vollstreckbare Titel nicht beigebracht, so können sowohl die Parteien als der Richter die Frist verlängern. (§§ 202, 203 C.-P.-O.) Erfolgt jedoch die Verlängerung nicht, so wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur Hauptsache das Endurteil ohne Berücksichtigung der Einrede erlassen. In den Urteilsgründen ist dann

[1]) Vgl. Hartmann S. 146; Jäckel S. 30; Meischeider in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 468; v. Völderndorff Bd. III. S. 165 Anm. 2; v. Wilmowski S. 520.

[2]) Vgl. Jäckel S. 30; Steinbach S. 132; v. Völderndorff Bd. III. S. 165. A. M. Cosack S. 37; Menzel S. 11; v. Wilmowski S. 520.

[3]) Vgl. Hartmann S. 147; v. Wilmowski S. 520. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 165.

[4]) Vgl. Cosack S. 36 Anm. 7; Jäckel S. 31 Anm. 24.

[5]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 165. A. M. Kranichfeld S. 38 Nr. 7; v. Wilmowski S. 520.

auszuführen, dass die Voraussetzungen der Anfechtung nicht nachgewiesen wurden. Die Anfechtungsmöglichkeit ist aber damit nur für diesen Prozess verloren; der Gläubiger ist nicht gehindert, in einem andern Prozesse denselben Anfechtungsgrund gegen dieselbe Person klage- oder einredeweise mit Erfolg vorzubringen; über die Anfechtbarkeit der Rechtshandlung ist bei dieser Sachlage überhaupt nicht entschieden. [1])

4) Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Gläubiger auf die Anwendung des § 5 auch dann ein Recht hat, wenn er die Einrede erst in der Berufungsinstanz vorbringt. (§ 491 C.-P.-O.) Wenn die in erster Instanz gesetzte Frist versäumt worden ist, darf der Gläubiger die schon in erster Instanz vorgebrachte Einrede aber auch wiederholt in der Berufungsinstanz vorbringen, falls die Voraussetzungen der Anfechtung gegeben sind. Diese Befugnis ergiebt sich gleichfalls aus dem Rechte, neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen.[2]) Auch in Ansehung dieser in der Berufungsinstanz wiederholten Einrede, welche ebenso zu behandeln ist, wie wenn sie hier zum erstenmale vorgebracht worden wäre, muss sonach § 5 Anwendung finden. Doch wird das Gericht in diesem Falle wohl nur eine kurze Frist bestimmen. Wenn die Einrede der Anfechtung infolge der Versäumung der Frist durch Zwischenurteil zurückgewiesen wurde, kann der Beklagte dieselbe in der nämlichen Instanz auch dann nicht wiederholen, wenn er nachträglich einen vollstreckbaren Titel erlangt. Es steht ihm dann das für die Instanz bindende Zwischenurteil entgegen. (§ 289 C.-P.-O.) Ist ein solches Urteil nicht ergangen, so kann aber die Anfechtung dann durch Einrede geltend gemacht werden, wenn der Beklagte inzwischen eine vollstreckbare Urkunde erlangt hat. Durch die Versäumung der Frist hat der Beklagte nur das Recht verloren, die Einrede ohne vollstreckbaren Titel vorzubringen, nicht aber die von § 5 unabhängige Einredebefugnis. Die §§ 321, 329 Abs. 3 können hier allerdings nicht entsprechend angewendet werden, weil in denselben nur von Beweismitteln die Rede ist. Der Kläger kann aber nicht auf Grund der §§ 208 und 209 der C.-P.-O. die Zurückweisung der Einrede beantragen, weil der Beklagte dieselbe nun nicht mehr auf § 5, d. h. auf die darin vorgesehene Ausnahmebefugnis, sondern auf § 251 Abs. 1 der C.-P.-O. stützt.[3]) Nur die wiederholte Gewährung einer Frist innerhalb derselben Instanz ist durch die Grundsätze der §§ 208 und 209 solange ausgeschlossen, als nicht der Gegner in die Verzögerung, welche durch wiederholte Anwendung des § 5 entsteht, einwilligt.

5) Die Bestimmung ist nur auf Einreden anwendbar. Doch kann nichts darauf ankommen, ob der Gläubiger die Anfechtbarkeit unmittelbar als Antwort auf die Klagebehauptung, als Einrede im formalen Sinne, vorschützt, oder ob er sie als Duplik nach der Replik des Klägers u. s. w. vorbringt. Die Zeit bezw. Reihenfolge des Vorbringens ist nach der Civilprozessordnung nicht massgebend. Wenn der Beklagte sich gegen die Klage durch Anfechtung einer ihm entgegengehaltenen Rechtshandlung verteidigt, macht er den Anfechtungsanspruch immer im Sinne des § 5 durch Einrede geltend. Auch wenn der Gläubiger als Kläger von dem Anfechtungsrechte Gebrauch macht, um ein ihm vom Beklagten entgegengehaltenes Verteidigungsmittel zu entkräften, muss übrigens § 5 Anwendung finden, da der Grund des Gesetzes auch hier zutrifft. Auf den vollstreckbaren Titel soll es da nicht ankommen, wo der Anfechtungsanspruch nicht durch Klage geltend gemacht sondern nur dazu benutzt wird, die Unwirksamkeit einer vom Prozessgegner entgegengehaltenen Rechtshandlung verteidigungsweise geltend zu machen. Dieser Gesichtspunkt trifft aber auch bei der Replik zu.[4]) Anders liegt die Sache bei der Widerklage, welche hier ebenso

[1]) Vgl. Jäckel S. 29 Anm. 20; Hartmann S. 148; v. Völderndorff Bd. III. S. 167; v. Wilmowski S. 521.

[2]) Vgl. Hartmann und Jäckel a. a. O.; Korn S. 11; Willenbücher S. 275 Nr. 2; v. Wilmowski S. 521. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 167.

[3]) So auch Jäckel S. 29 Anm. 20 unter Berufung auf die §§ 321 und 329 der C.-P.-O. A. M. v. Wilmowski S. 521.

[4]) Vgl. Cosack S. 36; Hartmann S. 146; Menzel S. 44; v. Völderndorff Bd. III. S. 165. A. M. Jäckel S. 29, 30; Korn S. 11.

behandelt werden muss wie die gewöhnliche Klage. Wenn der Gläubiger die Anfechtung verteidigungsweise geltend macht, ohne zur Zeit einen vollstreckbaren Titel zu haben, so muss er sich auf die Einrede und auf die Geltendmachung der Unwirksamkeit beschränken. Er kann nicht mittels Klage Rückgewähr verlangen, ehe er einen vollstreckbaren Titel hat. Übrigens kann derselbe nach Erlangung des vollstreckbaren Titels noch in der nach Ablauf der Frist stattfindenden Verhandlung über seine Einrede diese in eine Widerklage verwandeln, um eine urteilsmässige Entscheidung zu erlangen.[1])

§ 6.

Die Anfechtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass für die anzufechtende Rechtshandlung ein vollstreckbarer Schuldtitel erlangt, oder dass dieselbe durch Zwangsvollstreckung oder durch Vollziehung eines Arrestes erwirkt worden ist.

(E. § 5; M. S. 21; K.-O. § 28.)

Diese Bestimmung entspricht wörtlich dem § 28 der K.-O.; es ist daher auf die Erläuterungen zu diesem § nebst Nachtrag zu verweisen. Immerhin hat § 6 ein engeres Anwendungsgebiet als § 28 der K.-O., weil für die Anfechtung ausserhalb des Konkurses die Gründe des § 23 K.-O. wegfallen. Dass ausserhalb des Konkurses nur Rechtshandlungen eines Schuldners anfechtbar sind, begründet einen Unterschied nicht, weil auch die während des Verfahrens erfolgende Anfechtung durch den Konkursverwalter sich nicht gegen den staatlichen Vollstreckungsakt sondern gegen die Rechtshandlung des Schuldners richtet. (Bem. I. 2 zu § 24 S. 125 und Bem. 1 zu § 28 S. 148.)[2])

§ 7.

Der Gläubiger kann, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, beanspruchen, dass dasjenige, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräussert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde.

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur soweit zurückzugewähren, als er durch sie bereichert ist.

(E. § 6; M. S. 21, 22, K.-O. § 30.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Hinsichtlich der Wirkungen der Anfechtung ist im allgemeinen auf die zu § 22 der K.-O. gegebenen Erläuterungen zu verweisen. (Bem. III. 2 und 3 S. 99 ff.) Auch zufolge der Anfechtung ausserhalb des Konkursverfahrens kann Dritten gegenüber Unwirksamkeit eintreten. (Vgl. Nachtrag zu S. 101 Anm. 5.) Der Umfang der Rückgewähr wird durch den Zweck der Anfechtung bestimmt. Während der Konkursverwalter durch Ausübung des Anfechtungs-

[1]) Vgl. Hartmann S. 146; Jäckel S. 30; Korn S. 11; Kranichfeld S. 37 Nr. 2; Meisner S. 468; Otto S. 237; Willenbücher S. 275 Nr. 1; v. Wilmowski S. 521. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 165.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 174, 175. A. M. v. Wilmowski S. 521.

rechtes die Aufhebung der Benachteiligung zugunsten aller Gläubiger anstrebt und deshalb unbedingte Rückgewähr dessen verlangen darf, was infolge der anfechtbaren Handlung aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist (Bem. 2 und 3 zu § 30 S. 154, 157), soll durch die Anfechtung ausserhalb des Konkurses lediglich die Aufhebung der Benachteiligung zugunsten des einzelnen anfechtenden Gläubigers erzielt werden. Daraus ergiebt sich aber eine zweifache Grenze für den Umfang der Rückgewähr ausserhalb des Konkurses. Der Anfechtungsgegner muss einerseits, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners herausgekommen ist, oder die Bereicherung zurückgewähren; er braucht aber andererseits nie mehr herauszugeben, als zur Befriedigung des einzelnen Gläubigers notwendig ist. Auch auf die Art der Rückgewähr äussert der Zweck der Anfechtung seinen Einfluss. Weil es sich nur um die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers handelt, erfolgt die Rückgewähr nicht in das Vermögen des Schuldners sondern in der Weise, dass der Gegner die Zwangsvollstreckung so gestatten muss, als ob das aus dem Vermögen des Schuldners Veräusserte nie aus demselben herausgekommen wäre. [1])

Dem einzelnen Gläubiger gegenüber kann ein Vertrag auch nur teilweise anfechtbar sein; die Rechtshandlung kann nämlich ausserhalb des Konkurses nur soweit angefochten werden, als sich eine Schmälerung der Befriedigung des einzelnen Gläubigers nachweisen lässt. Wenn der Schuldner Gegenstände oder Forderungen veräussert hat, von denen ein Teil schon so sehr mit Pfandrechten belastet war, dass der anfechtende Gläubiger hieraus keine Befriedigung mehr erlangt hätte, so ist er hienach durch die Veräusserung dieser Sachen nicht benachteiligt und kann nur hinsichtlich der übrigen Rückgewähr verlangen. [2]) Wird dagegen ein Erbteilungsvertrag angefochten, so genügt es für die Anfechtbarkeit des ganzen Vertrages, dass derselbe auch nur in einem Teile eine Benachteiligung des Gläubigers enthält, denn hier handelt es sich nicht um die Rückgewähr einzelner Gegenstände, sondern darum, durch die Anfechtung eine andere Feststellung des Erbteiles des Schuldners durchzusetzen. [3])

II. Einzelne Fälle der Rückgewähr.

Im einzelnen kann sich die Rückgewähr je nach dem Inhalte der Rechtshandlung und der Art des zurückzugewährenden Gegenstandes verschieden gestalten, wobei unter Umständen auch das Landesrecht von Einfluss ist. [4])

1) Hatte der Schuldner in anfechtbarer Weise bewegliche oder unbewegliche **körperliche Sachen** veräussert und sind dieselben noch im Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden, so wird dieser verurteilt, die Zwangsvollstreckung in diese Gegenstände zu dulden. Demnach unterliegen dieselben, einschliesslich des Zuwachses und der Früchte, zum Zwecke der Rückgewähr der Pfändung, Wegnahme und Beschlagnahme. Der Anfechtungsgegner hat auch hier ebenso wie bei der Anfechtung durch den Konkursverwalter die in der Zwischenzeit auf die Sache gelegten Lasten zu beseitigen oder Ersatz zu leisten. (Vgl. oben S. 156.) Andererseits muss sich der anfechtende Gläubiger solche Wertserhöhungen abrechnen lassen, welche der Gegner aus seinen oder fremden Mitteln erzielt hat. (Bem. 2 zu §§ 31 ff. S. 161.) [5])

[1]) Vgl. Cosack S. 266; Eccius Bd. I. S. 786 § 114 Anm. 57; Hartmann S. 157; Jäckel S. 177, 180; Kranichfeld S. 40; Menzel S. 262; Otto S. 241, 242; v. Völderndorff Bd. III. S. 176, 181; Willenbücher S. 276 Nr. 1; v. Wilmowski S. 522; R.-G. (II.) 12. Juni 1883, jur. Wochenschr. 1883 S. 196; (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 71 ff.; (V.) 29. Jan. 1884, jur. Wochenschr. 1884 S. 89; (III.) 13. April 1888, Bolze Bd. V. Nr. 342b.

[2]) Vgl. R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 95 ff., bes. S. 99, 100.

[3]) Vgl. R.-G. (II.) 13. Juli 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 384 und Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 619 ff. bes. S. 620, 621.

[4]) Vgl. R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Bolze Bd. I. Nr. 558.

[5]) Vgl. Cosack S. 260, 295; Menzel S. 264; Otto S. 243; Steinbach S. 138; v. Völderndorff Bd. III. S. 181; Willenbücher S. 277 Nr. 1; v. Wilmowski S. 524. A. M. Hartmann S. 169 ff.; Jäckel S. 184; Krasnopolski S. 142; Amtsger. Kitzingen 8. Juni 1881, Buschs Zeitschr. Bd. VII. S. 561.

Hatte der Beklagte eine neue Hypothek zu dem Zwecke errichtet, um dadurch die Mittel zur Bestreitung von nützlichen Verwendungen in das anfechtbarerweise erworbene Grundstück zu gewinnen, und wurden diese Verwendungen wirklich gemacht, so hat der anfechtende Gläubiger kein Recht darauf, dass das Grundstück mit dieser Wertserhöhung zu seiner Befriedigung diene. Insbesondere hat er, soweit die Wertserhöhung reicht, keinen Anspruch auf Einräumung des Vorranges vor der neuen Hypothek. [1])

2) Sind die weggegebenen Gegenstände nicht mehr im Vermögen des Anfechtungsgegners vorhanden, so hat derselbe Ersatz in Geld zu leisten wie gegenüber dem Konkursverwalter. (Bem. 2 zu § 30 S. 155 Anm. 1 und Nachtrag.) [2]) Hat der Gemeinschuldner an mehrere Personen, welche gemeinschaftlich als Käufer auftraten, eine Anzahl von beweglichen Sachen veräussert, welche nicht mehr in Natur vorhanden sind, so ist hinsichtlich des Umfanges der Rückgewähr der einzelnen Käufer das Verhältnis massgebend, in welchem jeder Käufer dem Gemeinschuldner gegenüber an dem Rechtsgeschäfte beteiligt ist. (Vgl. Nachtrag zu § 30 der K.-O. a. a. O.) Auch kann der Anfechtungsgegner unmittelbar zur Zahlung der entsprechenden Summe an den Gläubiger verurteilt werden, weil die Auflage, das Geld zur Pfändung bereit zu halten, und die Pfändung selbst unnötige Kosten verursachen würde, falls der Gegner zahlen kann. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Geldentschädigung an die Stelle einer vom Schuldner an den Anfechtungsgegner veräusserten, später untergegangenen Hypotkek getreten ist.[3]) Aus demselben Grunde kann der Gegner zur Zahlung desjenigen Geldbetrages verurteilt werden, welcher der anfechtbar veräusserten Forderung des Schuldners entspricht. [4]) Im übrigen ist Bem. III. 1 zu § 1 S. 647 in Ansehung der Anfechtung eines Mietvertrages zu vergleichen.

War dem Gegner in anfechtbarer Weise eine Schuld erlassen worden, so wird diese Rechtshandlung dem anfechtenden Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt und der Gegner verurteilt, sich die Einziehung dieser Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung gefallen zu lassen, als ob die Forderung noch bestände bezw. sich im Vermögen des Schuldners befände. Es genügt auch hier nicht, die blosse Unwirksamkeitserklärung, wie in den Motiven (S. 22) angenommen wurde und wie das bei der Anfechtung im Konkursverfahren der Fall ist, sofern die angefochtene Rechtshandlung in den Grenzen rein obligatorischer Beziehungen geblieben war. (Bem. 1 zu § 30 S. 153.)[5])

III. Mehrheit von Anfechtungsberechtigten.

Da ausserhalb des Konkursverfahrens jeder einzelne Gläubiger Subjekt des Anfechtungsrechtes ist (Bem. II. 1 zu § 2 S. 649), so kann gegenüber demselben Erwerber mit Bezug auf die nämliche Rechtshandlung wiederholt Rückgewähr verlangt werden. Es kann aber auch vorkommen, dass dieselbe Rechtshandlung gleichzeitig von mehreren Gläubigern oder gleichzeitig vom Konkursverwalter zugunsten der Masse und von einem Absonderungsberechtigten zugunsten seiner abgesonderten Befriedigung angefochten wird.

1) Gegenüber mehreren anfechtungsberechtigten Gläubigern befindet sich der Anfechtungsgegner in der Lage, nur einmal Rückgewähr leisten zu müssen. Wenn einer derselben sich aus dem Gegenstande der Rückgewähr Befriedigung verschafft hat, so haftet

[1]) Vgl. R.-G. (II.) 5. Mai 1885, Bolze Bd. I. Nr. 557.

[2]) Vgl. noch Jäckel S. 182 ff.; v. Völderndorff Bd. III. S. 179 ff.; Willenbücher S. 276 Nr. 2.

[3]) Vgl. Cosack S. 266; Willenbücher S. 276 Nr. 1; v. Wilmowski S. 525; R.-G. (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 71 ff.; O.-L.-G. Jena 27. Nov. 1884, Bl. für Rechtspfl. in Thüringen Bd. 32 S. 50; bayer. oberstes Landesg. 27. Juni 1888, Samml. Bd. XII. S. 126 ff., und 27. Febr. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 300.

[4]) Vgl. R.-G. (VI.) 26. Jan. 1888, Bolze Bd. V. Nr. 345.

[5]) Vgl. Cosack S. 266; Hartmann S. 159; Jäckel S. 217, 218; Krasnopolski S. 138; Otto S. 243; v. Wilmowski S. 526. A. M. Kranichfeld S. 40 Nr. 4b und v. Völderndorff Bd. III. S. 177.

der Gegner den übrigen Gläubigern nur noch mit dem, was vom erstern Gläubiger nicht in Anspruch genommen wurde. Hat dessen Befriedigung den Gegenstand der Rückgewähr erschöpft, so haben die übrigen Gläubiger hinsichtlich der hierauf bezüglichen Rechtshandlung keinen Anspruch mehr. Ebenso verhält es sich auch dann, wenn der Gläubiger sich mit dem Gegner über die Art der Rückgewähr geeinigt hat, indem er sich mit einer Geldleistung abfinden liess, sofern nur der zur Rückgewähr Verpflichtete den andern Gläubigern nachweisen kann, dass der Empfänger der Rückgewähr anfechtungsberechtigt war und den vollen Wert des zurückzugewährenden Gegenstandes erhalten hat. Ist dieser Gegenstand durch einen Gläubiger des Anfechtungsgegners gepfändet worden, so wird dadurch das Anfechtungsrecht natürlich nicht berührt. Vielmehr tritt an die Stelle der Sache selbst der Ersatz des Wertes. (Bem. II. 2 S. 667.)

Gleichgültig ist die Zeitfolge, in welcher die Gläubiger Klage erhoben oder die vollstreckbare Anerkennung ihres Anfechtungsanspruches erlangt haben. Nicht das frühere Urteil, sondern nur die frühere Vollstreckung gewährt den Vorzug vor andern Anfechtungsberechtigten; denn mit dem Urteile erlangt der Gläubiger nicht ein dingliches Recht an dem Gegenstande der Rückgewähr, sondern nur eine persönliche Forderung auf Herausgabe desselben.[1]) Auch kann nur die Erfüllung der Rückgewährspflicht, nicht der Verzicht eines einzelnen Gläubigers die Wirkung haben, dass der Gegner im Verhältnisse zu den übrigen Gläubigern befreit wird, weil jedem Gläubiger das Anfechtungsrecht als eigenes Recht zusteht, daher auch jeder durch Verzicht nur sein Recht, nicht zugleich das der übrigen Gläubiger aufgeben kann.[2])

2) Wenn der Konkursverwalter und ein Absonderungsberechtigter bezüglich derselben Rechtshandlung gleichzeitig Anfechtungsklage erhoben haben, so können zwar die dadurch entstandenen Prozesse selbständig nebeneinander hergehen, weil weder für den einen noch für den andern ein gesetzlicher Aussetzungsgrund besteht. Auch ist es nicht zulässig, dass der eine Anfechtungsberechtigte im Prozesse des andern als Hauptintervenient auftritt und so die Aussetzung herbeiführt, weil der Anfechtungsanspruch des Absonderungsberechtigten nach Subjekt und Gegenstand ein anderer ist als derjenige, welchen der Konkursverwalter verfolgt. Wenn der Konkursverwalter die Rückgewähr zur Masse erlangt hat, ehe der Absonderungsberechtigte seinen Anspruch zwangsweise verwirklichen konnte, so muss aber jener doch die abgesonderte Befriedigung aus diesem Gegenstande dulden. Andererseits braucht auch hier der Gegner, falls der Absonderungsberechtigte dem Konkursverwalter zuvorkam, zur Masse nur noch das abzuliefern, was nicht zur Befriedigung des Absonderungsberechtigten verwendet wurde, weil sonst die Masse in ungerechtfertigter Weise bereichert werden würde.

§ 8.

Wegen Erstattung einer Gegenleistung oder im Falle einer anfechtbaren Leistung wegen seiner Forderung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten.

(E. § 7; M. S. 22—25; K.-O. §§ 31, 32.)

1) Aus der Verschiedenheit in der Behandlung der Rückgewähr nach der Konkursordnung einerseits und nach dem Anfechtungsgesetze andererseits ergiebt sich auch eine verschiedenartige Behandlung der Gegenforderungen gegenüber dem Konkursverwalter und

[1]) Vgl. Cosack S. 268; Jäckel S. 187; Kranichfeld S. 42 Nr. 7 und 8; Otto S. 241; Scherer Bd. I. S. 296; v. Völderndorff Bd. III. S. 177; Willenbücher S. 277 Nr. 4; v. Wilmowski S. 522, 523; O.-L.-G. Dresden 1. Mai 1886, Wengler, Arch. Bd. IX. S. 11.

[2]) Vgl. Hartmann S. 162, 163; Jäckel S. 179; Korn S. 234, 235; Windscheid, Pandekten § 298 Bd. II. S. 158, 159. A. M. Cosack S. 229.

gegenüber den anfechtenden Gläubigern. Dort, wo das Zurückgewährte in die Masse fliesst, müssen die Gegenforderungen des die Rückgewähr Leistenden teils als Masseschulden, teils als Konkursforderungen aus dem Vermögen desjenigen getilgt werden, an den die Rückgewähr erfolgt, weil dieser, der Gemeinschuldner, es ist, dessen Vermögen die Gegenleistung bezw. der Untergang der Forderung zu gute kommt. Ausserhalb des Konkurses dagegen, wo die Rückgewähr in ein anderes Vermögen als in dasjenige des Schuldners erfolgt, kann der Empfänger der Rückgewähr auch nicht für die Gegenleistung haften. Diese Haftung trifft vielmehr hier wie im Konkurse das Vermögen des Schuldners. Der Unterschied in der Behandlung der Gegenforderungen besteht hienach nicht hinsichtlich des Subjektes der Erstattungspflicht, sondern in der Wirkung der Rückerstattungsansprüche. Während diese im Konkursverfahren unmittelbar als Masseschulden oder mittelbar als Konkursforderungen die durch die Rückgewähr zu bewirkende Vermehrung der Masse abschwächen sonach den Wert des Zurückgewährten vermindern, wird bei der Anfechtung ausserhalb des Konkurses Umfang und Wirkung der Rückgewähr durch etwaige Rückerstattungsansprüche des Anfechtungsgegners nicht berührt, weil hier nicht eine und dieselbe Person Subjekt des Anfechtungsanspruches und der Erstattungspflicht ist. Mehr, als dass der Anfechtungsgegner seine Erstattungsansprüche nicht gegen den Gläubiger richten kann, sagt das Gesetz nicht. Ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfange Erstattungsansprüche gegen den Schuldner begründet seien, hängt von dem sonstigen bürgerlichen Rechte ab. (Bem. 2 zu §§ 31 ff. S. 161, 162.) Dass § 8 in dieser Beziehung nichts entscheidet, ergiebt sich auch aus der Nichtberücksichtigung der Anfechtung gegenüber Rechtsnachfolgern des ersten Erwerbers. Der Sonderrechtsnachfolger des letztern kann wegen seiner Gegenleistung niemals den Schuldner sondern nur seinen Rechtsvorgänger in Anspruch nehmen.[1])

2) Im einzelnen unterscheidet das Anfechtungsgesetz ebenso wie die Konkursordnung zwei Fälle, nämlich: die Rückerstattung der Gegenleistung und die Haftung des Schuldners für eine Forderung, welche durch eine anfechtbare Leistung an den Gegner untergegangen ist. In beiden Beziehungen genügt hier die Verweisung auf die Erläuterungen zu den §§ 31 und 32 der K.-O. Jedoch ist zu betonen, dass § 8 dem Anfechtungsgegner auch die Möglichkeit entzieht, sich wegen seiner gegen den Schuldner bestehenden Erstattungsansprüche in der Form der Zurückbehaltung oder der Kompensationseinrede[2]) oder in der Form der Zwangsvollstreckung an den Gegenstand der Rückgewähr zu halten. An und für sich wäre dies möglich, weil im Verhältnisse zwischen dem anfechtenden Gläubiger und seinem Gegner die zurückzugewährende Sache als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet wird. Da der Anfechtungsgegner die Erstattungsansprüche gegenüber dem anfechtenden Gläubiger nicht geltend machen darf, sondern sich an den Schuldner halten muss, kann er aber auch nicht den Gegenstand der Rückgewähr angreifen, weil darin mittelbar eine Erhebung des Anspruches gegen den Gläubiger liegen würde.[3]) Hat jedoch der Anfechtungsgegner noch andere Forderungen an den Schuldner als die im § 8 vorbehaltenen, so darf er für diese im Wege des Arrestes oder der Vollstreckung auch den Gegenstand der Rückgewähr angreifen; denn im Verhältnisse zwischen ihm und dem anfechtenden Gläubiger gilt die Rechtshandlung nach § 1 überhaupt als unwirksam; dort wird die Rechtshandlung nicht nur für den Gläubiger, also nicht bloss zu seinen Gunsten, sondern als diesem gegenüber unwirksam erklärt. Der Gegenstand kann deshalb auch nicht hinsichtlich der Rückgewähr als zum Vermögen des Schuldners gehörig betrachtet werden.[4]) Ob der Anfechtungsgegner

[1]) Vgl. Jäckel S. 202.

[2]) Vgl. R.-G. (III.) 29. Jan. 1884, jur. Wochenschr. 1884 S. 89, Seuffert, Arch. Bd. 39 S. 301 und Bl. für Rechtsanw. Erg.-Bd. IV. S. 328.

[3]) Vgl. Cosack S. 289; Jäckel S. 209; Kranichfeld S. 46 Nr. 3; v. Völderndorff Bd. III. S. 188; v. Wilmowski S. 524.

[4]) Vgl. Cosack S. 287 ff.; Jäckel S. 205; v. Wilmowski S. 524. A. M. Hartmann S. 183, 184; Menzel S. 283; Steinbach S. 138, 139.

für Forderungen der letztern Art ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Gläubiger ausüben darf, ist nach dem sonstigen bürgerlichen Rechte zu beurteilen. Bezüglich der Verwendungsansprüche ist Bem. II. 1 zu § 7 S. 667, wegen Nebenintervention und Streitverkündung Bem. III. 2 zu § 1 S. 648 zu vergleichen.

§ 9.

Erfolgt die Anfechtung im Wege der Klage, so hat der Klagantrag bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfange und in welcher Weise die Rückgewähr seitens des Empfängers bewirkt werden soll.

(E. § 8; M. S. 25, 26.)

1) Wie in Bem. II. zu § 7 dargelegt wurde, kann die Rückgewähr je nach Lage der Umstände in ganz verschiedener Weise erfolgen. Es gehört daher zur Bestimmtheit des Antrages im Sinne des § 230 Z. 2 der C.-P.-O., dass nicht nur Rückgewähr in bestimmtem Umfange verlangt, sondern auch die Art und Weise bezeichnet wird, in welcher die Rückgewähr im einzelnen Falle erfolgen soll. Dieser Forderung giebt § 9 Ausdruck. Dass hiedurch die blosse Feststellungsklage ausgeschlossen wird, ist schon in Bem. III. 1 zu § 1 S. 646 betont worden. Über die Wirkung der Nichtbeachtung vgl. Bem. III. 1 zu § 1 S. 647; das Rügerecht kann nicht verloren gehen, weil die Nichtbeachtung des § 9 von Amts wegen zu rügen ist. Was der anfechtende Gläubiger beanspruchen kann, was nicht, ist durch die §§ 7 und 8 bestimmt. Für die einredeweise Geltendmachung bedurfte es einer gleichen Vorschrift wie für den Klagantrag deshalb nicht, weil es bei der Einrede dem Gläubiger nur darauf ankommt, die Abweisung der Klage zu erzielen und das zu behalten, was er bereits hat, wodurch das Ziel der Anfechtung genügend bestimmt erscheint.[1]) Auch bei der im Wege der Replik geltend gemachten Anfechtung handelt es sich lediglich darum, durch die Anfechtung eine vom Beklagten vorgebrachte Einrede zu entkräften. Der Klagantrag erfährt durch diese Anfechtung eine Änderung nicht. Die Widerklage dagegen ist wie eine gewöhnliche Klage zu behandeln.

2) Dem § 9 soll schon in der Klageschrift entsprochen werden; andernfalls ist ein Versäumnisurteil unmöglich. Durch den aus der Zuwiderhandlung gegen § 9 entspringenden Mangel in der Klageschrift wird aber die Rechtshängigkeit nicht gehindert. Die nähere Bezeichnung der Art und des Umfanges der Rückgewähr kann hienach noch im mündlichen Klagevortrag nachgeholt werden. Im Falle der Versäumnis des Beklagten kommt jedoch dann § 300 der C.-P.-O. zur Anwendung. Der Richter ist nicht befugt, mehr zuzusprechen als verlangt wird, dagegen nicht gehindert, die Pflicht zur Rückgewähr in einer andern Form auszusprechen, als der Antrag vorschlägt; denn die Form der Rückgewähr als ein Mittel zur Erweiterung der Möglichkeit zwangsweiser Befriedigung des Gläubigers unterliegt nicht der Verfügung der Parteien.[2]) Beispiele für solche Abweichungen vom Antrage finden sich in den bei Bem. II. 2 zu § 7 mitgeteilten Entscheidungen über die Verurteilung zu einer Geldleistung.

§ 10.

Liegt ein nur vorläufig vollstreckbarer Schuldtitel des Gläubigers oder ein unter Vorbehalt ergangenes Urteil (Civilprozessord-

[1]) Vgl. Hartmann S. 190; Kranichfeld S. 48 Nr. 5; v. Völderndorff Bd. III. S. 189.
[2]) Vgl. Hartmann S. 190.

nung §§ 502, 562) vor, so ist in dem den Anfechtungsanspruch für begründet erklärenden Urteile die Vollstreckung desselben davon abhängig zu machen, dass die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird.

(E. § 9; M. S. 26, 27.)

1) Der vorläufig vollstreckbare Titel reicht zwar hin, um ein verurteilendes Erkenntnis zu erlangen. Dieses Urteil könnte auch an sich, sobald es die Rechtskraft beschritten hat, vollstreckt werden. Nun besteht aber die Möglichkeit, dass das Urteil über die Anfechtungsklage eher die Rechtskraft erlangt als das Urteil über die Forderung des Gläubigers und dass dieser nachträglich mit seiner Forderung abgewiesen wird. Damit der Anfechtungsgegner nicht genötigt ist, sich die Vollstreckung gefallen zu lassen und dann im Wege eines neuen Prozesses gemäss § 686 C.-P.-O. die ihm hieraus nachträglich erwachsene Einrede gegen den Anfechtungsanspruch zu verfolgen, bestimmt deshalb § 10, dass Entscheidungen, durch welche nur auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren oder unter Vorbehalt ergangenen Urteiles zur Rückgewähr verurteilt worden ist, trotz eingetretener Rechtskraft solange nicht vollstreckt werden dürfen, als der vollstreckbare Titel des Gläubigers nicht rechtskräftig bezw. vorbehaltlos geworden ist. Diese vorläufige Nichtvollstreckbarkeit ist die Wirkung des nach § 10 beizufügenden Vorbehaltes.[1]) Der Vorbehalt ist, wie die Fassung des Gesetzes deutlich ergiebt, von Amts wegen auszusprechen. Das Gericht hat zwar genau zu prüfen und festzustellen, welche Art von vollstreckbarem Titel vorliegt (Bem. II. 3 zu § 2 S. 652) und ob derselbe die Befugnis zur Anfechtung gewährt. Dagegen braucht es nicht festzustellen, ob die Voraussetzungen des § 10 gegeben sind, bezw. ob das vorläufig vollstreckbare Urteil bereits in Rechtskraft erwachsen ist. Der Vorbehalt ist in allen Fällen auszusprechen, in welchen die Klage auf ein Urteil der fraglichen Art gestützt wird, und durch denselben wird der Schuldner zunächst gegen die Vollstreckung geschützt. Sache des Gläubigers ist es dann, darzulegen, dass dem Vorbehalte genügt ist und sich auf diesem Wege die Vollstreckungsklausel zu verschaffen. (Bem. 2.)[2]) Wenn das Gericht den Vorbehalt unterlassen hat, so steht dem Anfechtungsgegner ein Recht auf Ergänzungsurteil zu. (§ 292 C.-P.-O.) Wie die Unterlassung der von Amts wegen auszusprechenden vorläufigen Vollstreckbarkeit Veranlassung zum Ergänzungsurteile giebt, so muss ein solches um der Gleichheit der Parteirechte willen auch zulässig sein, wenn von Amts wegen die Nichtvollstreckbarkeit ausgesprochen werden soll. Aus dem Mangel einer besondern Vorschrift in der C.-P.-O. ist ein Gegengrund nicht zu entnehmen, weil man bei Abfassung derselben die Regelung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Konkurses noch nicht in das Auge gefasst hatte. Aus dem Schweigen des Anfechtungsgesetzes ergiebt sich aber nur, dass eine ausdrückliche Regelung übersehen wurde. Dagegen erhellt aus den §§ 292, 502, 562 und 654 der C.-P.-O., dass das Ergänzungsurteil auch in Ansehung der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte zulässig sein soll. Der Mangel eines allgemeinen Ausspruches hierüber und die Beschränkung der C.-P.-O. auf die Bezeichnung einzelner bestimmter Fälle erklärt sich zur Genüge daraus, dass unter der Herrschaft des Dispositionsprinzipes nach der Civilprozessordnung in der Urteilsformel, welche die Hauptsache betrifft, nur die Kosten, der Vorbehalt von Verteidigungsmitteln und die vorläufige Vollstreckbarkeit als von Amts wegen zu berücksichtigende Punkte in Betracht kamen. Die entsprechende Anwendung der erwähnten Vorschriften wird dadurch nicht ausgeschlossen.[3])

Auf den Fall der einredeweisen Anfechtung passt § 10 nicht. Entweder dringt

[1]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 193 Text und Anm. 1.

[2]) Vgl. Jäckel S. 231.

[3]) A. M. Cosack S. 227; Jäckel S. 231.

die Einrede durch und die Klage wird deshalb abgewiesen; dann ist, abgesehen von den Kosten, nichts zu vollstrecken, oder die Einrede wird verworfen; dann fehlen die Voraussetzungen des § 10 vollständig.[1])

2) Erst wenn die Bedingung eingetreten und der vollstreckbare Titel des Gläubigers ein vorbehaltloser geworden ist, kann der Gläubiger die Vollstreckungsklausel für das die Rückgewähr anordnende Urteil verlangen. Da aber die Vollstreckung des letztern ihrem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer andern Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, so sind bei Erteilung der Klausel die §§ 664, 666 ff. der C.-P.-O. anzuwenden. Durch Vermittelung der hienach notwendigen richterlichen Anordnung muss in der Klausel eine entsprechende Beschränkung angebracht werden, falls der vollstreckbare Titel nur teilweise rechtskräftig oder vorbehaltlos, zum andern Teile aber aufgehoben worden ist.

3) Wird der vorläufig vollstreckbare Titel oder das unter Vorbehalt ergangene Urteil später aufgehoben und die Forderung des Gläubigers aberkannt, so steht damit fest, dass das über die Rückgewähr erlassene Urteil nicht vollstreckt werden kann. Der durch die letztere Entscheidung verurteilte Anfechtungsgegner kann übrigens auch in einem neuen Prozesse gegen den frühern Kläger das Nichtbestehen der Rückgewährpflicht feststellen lassen.[2]) Das Gericht darf nur die Vollstreckung davon abhängig machen, dass die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird. Dagegen darf es nicht ein bedingtes Urteil erlassen und die Anfechtungsklage für den Fall abweisen, dass obige Voraussetzung eintrifft. Die Civilprozessordnung kennt ein bedingtes Urteil nur insoweit, als auf Eid erkannt wird. (§§ 425, 427.) Diese Vorschriften, bei denen zudem vorausgesetzt wird, dass dem bedingten Urteile noch ein Endurteil nachfolgt, in welchem festgestellt wird, ob die Bedingung eingetreten ist, passen aber in keiner Weise auf den vorliegenden Fall. Das ergehende Urteil hat hienach auch im Falle des § 10, und zwar auch in Ansehung der Kosten, unbedingt zu lauten. Nur die Vollstreckung ist von dem Eintritte der Rechtskraft des frühern Urteiles abhängig zu machen.[3]) Das Gericht kann auch, um ein Urteil zu vermeiden, das vielleicht niemals vollstreckbar wird, die Entscheidung solange aussetzen, bis Gewissheit über das Schicksal des vollstreckbaren Titels besteht. Dieser Ausweg ist nicht an die Zustimmung beider Parteien geknüpft, da § 139 der C.-P.-O. hier an sich anwendbar ist und § 10 dessen Anwendung nicht ausschliesst. Die Frage, ob der Anfechtung stattgegeben werden darf, hängt ganz von dem Bestehen der Forderung ab, über welche im ersten Prozesse gestritten wird. Es sind deshalb alle Voraussetzungen zur Anwendung des § 139 gegeben und § 10 sagt nicht, dass in allen Fällen ohne Rücksicht auf den anhängigen Prozess über die Anfechtung entschieden werden muss, sondern giebt nur für den Fall, dass eine derartige Entscheidung ergeht, ein weiteres Schutzmittel für den Beklagten.[4]) Allerdings wird das Gericht bei Anwendung des § 139 mit Vorsicht verfahren, weil § 10 den Anfechtungsgegner schützt und es schon mit Rücksicht auf den hier vorgesehenen Vorbehalt nicht leicht vorkommen wird, dass ein Gläubiger den Prozess über das Forderungsrecht absichtlich in die Länge zieht. Der Anfechtungsgegner kann übrigens auch im Prozesse zwischen Gläubiger und Schuldner als Nebenintervenient auftreten und den Prozess betreiben, weil es von dem Ausgange desselben abhängt, ob der Anfechtung Folge zu geben ist.

4) Wird das den vollstreckbaren Titel bildende in Rechtskraft erwachsene Urteil zufolge eines Wiederaufnahmeverfahrens nachträglich aufgehoben, so bleibt der ge-

[1]) Vgl. Korn S. 14; v. Völderndorff Bd. III. S. 196.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 195.

[3]) Vgl. Hartmann S. 191; Jäckel S. 232. A. M. Cosack S. 227; Loth. Seuffert in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 157.

[4]) Vgl. Hartmann S. 192; Jäckel S. 233; Loth. Seuffert in Buschs Zeitschr. Bd. IX. S. 137; v. Wilmowski S. 526. A. M. Cosack S. 227 Anm. 19; Korn S. 14; v. Völderndorff Bd. III. S. 195.

mäss § 10 gemachte Vorbehalt dessenungeachtet gegenstandslos. Auch kann hierauf der frühere Anfechtungsgegner eine Restitutionsklage nicht stützen. Die Vorschrift des § 543 Z. 7 der C.-P.-O. trifft in diesem Falle nicht zu, weil das aufhebende Urteil weder ein „früheres Urteil“ noch eine „andere Urkunde“ im Sinne der erwähnten Vorschrift ist; auch spricht § 543 Z. 6 als argumentum a contrario gegen die Zulässigkeit der Restitutionsklage. Wohl aber kann der Schuldner seinerseits im Restitutionsverfahren vom Gläubiger verlangen, dass dieser ihm ersetze, was er infolge der Rückgewähr nach Landesrecht (Bem. I. zu § 8 S. 670) an den Anfechtungsgegner leisten musste, bezw. dass er ihn von der Schuld befreie, welche der Anfechtungsgegner im Wege des Rückgriffes auf Grund der erfolgten Rückgewähr geltend machen kann.[1]) Dieser letztere kann aus diesem Anlasse als Nebenintervenient in das Wiederaufnahmeverfahren eintreten, hat aber zugleich eine selbständige Klage auf Rückgabe des Geleisteten gegen den anfechtenden Gläubiger gemäss § 686 der C.-P.-O. Wenn auch das bezüglich der Anfechtung ergangene Urteil nicht formell aufgehoben worden ist, so steht doch jetzt fest, dass es an den Voraussetzungen der Anfechtung fehlte und der Anfechtungskläger nicht berechtigt war, die Rückgewähr zu verlangen.[2])

§ 11.

Die gegen den Erblasser begründete Anfechtung findet gegen den Erben statt.

Gegen einen andern Rechtsnachfolger desjenigen, welchem gegenüber die anfechtbare Handlung vorgenommen ist, findet die gegen den letztern begründete Anfechtung statt:

1. wenn ihm zur Zeit seines Erwerbes bekannt war, dass der Schuldner die Rechtshandlung in der Absicht vorgenommen hatte, seine Gläubiger zu benachteiligen;
2. wenn er zu den im § 3 Z. 2 genannten Personen gehört und nicht beweist, dass er zur Zeit seines Erwerbes von den Umständen, welche die Anfechtung gegen den Rechtsvorgänger begründen, keine Kenntnis hatte.

Zur Erstreckung der Fristen in Gemässheit des § 4 genügt die Zustellung des Schriftsatzes an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird.

(E. § 10; M. S. 27; K.-O. § 33.)

1) Die Bestimmungen in Abs. 1 und 2 sind genau denjenigen in § 33 der K.-O. nachgebildet, weshalb auf die dort gegebenen Erläuterungen und den Nachtrag hiezu verwiesen wird.

2) Aus dem Satze, dass die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung gegenüber dem Rechtsnachfolger durch die Anfechtbarkeit gegenüber dem Vertragsgenossen des Schuldners bedingt ist, könnte hinsichtlich der Fristerstreckung gemäss § 4 die Notwendigkeit einer doppelten Zustellung an den ersten Erwerber und an den Rechtsnachfolger abgeleitet wer-

[1]) Vgl. Cosack S. 227 Anm. 22. A. M. Hartmann S. 193 und Jäckel S. 233 Anm. 50.

[2]) Vgl. Hartmann S. 193; Jäckel S. 233 Anm. 50. A. M. anscheinend Cosack S. 227, welcher jeden Einfluss der erfolgreichen Wiederaufnahme auf die Entscheidung des Anfechtungsprozesses leugnet.

den. Das Gesetz begnügt sich jedoch in allen Fällen der Anfechtung „gegenüber einem Rechtsnachfolger“ mit der an diesen geschehenen Zustellung. Selbstverständlich ist aber auch hier erforderlich, dass die sonstigen Voraussetzungen der Fristerstreckung vorliegen. Die Zustellung an den ersten Erwerber muss jedenfalls auch gegenüber solchen Rechtsnachfolgern wirksam sein, welche den Gegenstand der Rückgewähr erst nach der Zustellung erworben haben, weil dieselben nach diesem Zeitpunkte den Gegenstand nur in der zugunsten des Gläubigers eingetretenen Rechtslage erwerben konnten.[1]) Aus demselben Grunde muss die Zustellung gegenüber einem Rechtsnachfolger auch zugunsten der Anfechtbarkeit gegenüber spätern Rechtsnachfolgern wirken. Dagegen kann die Zustellung an den ersten Erwerber dann nicht gegen den Rechtsnachfolger wirken, wenn dieser bereits vor der Zustellung erworben hatte. In diesem Falle hat derselbe die Sache in der günstigern Rechtslage erlangt, welche ohne die Zustellung besteht; diese letztere kann aber ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung nicht rückwärts wirken. Wie nach Abs. 3 die Zustellung an den Rechtsnachfolger zweifellos die Fristerstreckung nur gegenüber diesem, nicht gegenüber dem ersten Erwerber bewirkt also die Möglichkeit der Anfechtung gegenüber dem letztern nicht erweitert, so kann auch eine Rückwirkung nicht in dem umgekehrten Falle angenommen werden, in welchem die Zustellung an den ersten Erwerber erfolgte, die Anfechtung sich aber gegen einen Rechtsnachfolger richtet, welcher zur Zeit der Zustellung bereits erworben hatte. Nach dem durchaus verständigen und zweckmässigen Abs. 3 soll es, obwohl die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger zwei anfechtbare Handlungen voraussetzt, nämlich diejenige zwischen dem Schuldner und ersten Erwerber und diejenige zwischen letzterem und seinem Rechtsnachfolger, doch für die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger genügen, dass durch Zustellung an ihn bezüglich seines Erwerbes die Fristerstreckung eingetreten ist. Dies hat zur Folge, dass auch für die Anfechtbarkeit der gegenüber dem ersten Erwerber vorgenommenen Rechtshandlung die längere Frist gilt. Insoweit tritt allerdings eine Rückwirkung der Zustellung auf die Anfechtbarkeit der frühern Rechtshandlung ein; aber dieselbe bezieht sich nur auf die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger, ist also rein sachlicher Natur. Im übrigen bleibt der Satz bestehen, dass die Zustellung an denjenigen erfolgen muss, gegenüber welchem das Anfechtungsrecht ausgeübt werden soll. Die nach eingetretener Rechtsnachfolge bethätigte Zustellung an den ersten Erwerber kann hienach auf die Anfechtbarkeit des vor der Zustellung aber nach der ersten anfechtbaren Rechtshandlung eingetretenen Erwerbes keinen Einfluss äussern. Vielmehr kann eine derartige Zustellung nur dann dem Rechtsnachfolger gegenüber eine wirksame sein, wenn die Rechtsnachfolge nach der Zustellung eingetreten ist, die Rückwirkung sonach auf der rechtlichen Bedeutung der Rechtsnachfolge beruht. Der Verfasser der Motive ist zwar weiter gegangen und hat bemerkt, die Zustellung an den Vertragsgenossen des Schuldners werde auch gegenüber jedem Rechtsnachfolger wirksam sein, wenn diesem zur Zeit seines Erwerbes die betrügliche Absicht des Schuldners gemäss Z. 1 des § 10 bekannt gewesen sei; dasselbe gelte gegenüber einem Rechtsnachfolger, welcher zu den in § 3 Z. 2 genannten Personen gehöre, unter der im zweiten Absatze Z. 2 des vorliegenden Paragraphen bezeichneten Voraussetzung, also dann, wenn er nicht beweise, dass er zur Zeit seines Erwerbes von der Zustellung keine Kenntnis gehabt habe. Aber diese Ausführungen können nicht als zutreffend angesehen werden. Zwischen der in § 4 vorgesehenen Zustellung und der Kenntnis der betrügerischen Absicht besteht gar kein Zusammenhang. Die erstere erfolgt nicht, um den Anfechtungsgegner von der Anfechtbarkeit oder von dem Vorhandensein einer betrügerischen Absicht zu benachrichtigen, sondern um ihm anzuzeigen, dass der Gläubiger sein Anfechtungsrecht auszuüben gedenke. Hienach kann diese Zustellung auch nicht durch die Kenntnis des Rechtsnachfolgers von der betrügerischen Absicht des Schuld-

[1]) Vgl. Cosack S. 318; Jäckel S. 171; v. Völderndorff Bd. III. S. 198. A. M. anscheinend Willenbücher S. 279; v. Wilmowski S. 527.

ners und noch weniger durch die gesetzliche Vermutung einer solchen Kenntnis ersetzt werden. Unter allen Umständen wird es sich empfehlen, in derartigen Fällen die in ihren Wirkungen ganz sichere Zustellung an den Rechtsnachfolger vorzuziehen bezw., wenn die Anfechtung auch dem ersten Erwerber gegenüber durchgeführt werden soll, zwei Zustellungen vornehmen zu lassen. [1])

Die dargelegten Grundsätze müssen auch in denjenigen Fällen zur Anwendung kommen, in welchen die in Frage stehende Zustellung einem Rechtsnachfolger des ersten Erwerbers gemacht worden ist, die Anfechtung aber einem weitern Rechtsnachfolger gegenüber durchgeführt werden soll. Auch hier genügt die Zustellung an den Rechtsnachfolger, gegen welchen der Anfechtungsanspruch erhoben wird, mit Rücksicht auf diesen Beklagten in allen Fällen, die Zustellung an den Rechtsvorgänger desselben dagegen nur dann, wenn dieselbe vor Eintritt der Rechtsnachfolge bewirkt worden ist.

§ 12.

Das Anfechtungsrecht auf Grund des § 3 Z. 1 verjährt in zehn Jahren seit dem Zeitpunkte, mit welchem der Gläubiger den vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hatte und seine Forderung fällig war, wenn aber die Rechtshandlung nach diesem Zeitpunkte vorgenommen ist, erst seit der Vornahme der Handlung.

(E. § 11; M. S. 27.)

1) Der Lauf der hier vorgesehenen Frist, welche sich nur auf die Fälle des § 3 Z. 1 bezieht, ist nicht davon abhängig, dass der Anfechtungsanspruch bereits geltend gemacht werden kann. Während die gerichtliche Verfolgung dieses Anspruches die in § 2 bezeichnete Vermögenslage des Schuldners voraussetzt, ist der Lauf dieser Frist nur durch die Fälligkeit der Forderung, die Erlangung eines vollstreckbaren Titels und die Vornahme einer anfechtbaren Rechtshandlung seitens des Schuldners bedingt. Es kann also die Frist ablaufen, ehe der Anspruch geltend gemacht werden konnte.[2]) Hienach handelt es sich im § 12, obgleich das Gesetz von „Verjährung" spricht, nicht um eine wirkliche Verjährungsfrist, weder um die gewöhnliche Klageverjährung noch um eine sonstige Verjährung, sondern ebenso wie bei den Fristen des § 3 Z. 2 um eine materielle Voraussetzung des Anfechtungsanspruches.[3]) Nur muss hier innerhalb der Frist nicht die anfechtbare Handlung vorgenommen sondern der Anspruch geltend gemacht sein. Ist dies nicht der Fall, so geht das Anfechtungsrecht unter bezw. es entsteht gar nicht.[4]) Der Anfechtungsanspruch kann nach Ablauf der Frist auch dann nicht mehr verfolgt werden, wenn es dem Gläubiger gelungen ist, statt des frühern vollstreckbaren Titels einen neuen zu erwerben; denn der Zeitpunkt, in welchem der vollstreckbare Titel erlangt wurde, ist für sich allein bei Berechnung der Frist nicht

[1]) Vgl. Jäckel S. 170 ff.; Willenbücher S. 279; v. Wilmowski S. 527. A. M. Cosack S. 318; Hartmann S. 203, 204; Kranichfeld S. 53 Nr. 11; v. Völderndorff Bd. III. S. 199; die beiden letztern folgen den Motiven.

[2]) Vgl. Jäckel S. 172; v. Wilmowski S. 528. A. M. v. Völderndorff Bd. III. S. 203, 204; der behauptet, ein Zahlungsfähiger könne eine anfechtbare Handlung überhaupt nicht vornehmen.

[3]) Vgl. Hartmann S. 209; Meischeider in Gruchots Beitr. Bd. 26 S. 469; v. Wilmowski S. 528. A. M. Cosack S. 356, 358; Fischer, Lehrb. des preuss. Privatr. S. 770; Jäckel S. 171 ff.; Kranichfeld S. 55; Menzel S. 106 Anm. 10; Scherer Bd. I. S. 301 Nr. 6; v. Völderndorff Bd. III. S. 201.

[4]) Vgl. Cosack S. 358; Hartmann S. 208; Jäckel S. 171 ff.; Kranichfeld S. 56; Otto S. 244; v. Völderndorff Bd. III. S. 201; Willenbücher S. 273 Nr. 2; v. Wilmowski S. 528. A. M. Korn S. 221, der auf das Landesrecht verweist.

massgebend. Die Frist beginnt vielmehr, falls die anfechtbare Handlung der Fälligkeit vorausging, an dem Tage, an welchem der vollstreckbare Titel zur Fälligkeit hinzutritt. Dieses Zusammentreffen kann aber nur einmal erfolgen. Wenn ein neuer vollstreckbarer Titel erworben wird, so bleibt immerhin die Thatsache bestehen, dass das Zusammentreffen der Fälligkeit und des vollstreckbaren Titels bereits früher vollzogen war, die Frist zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes sonach abgelaufen ist. Diese Bestimmung über den Beginn der Frist ist eine notwendige Folgerung aus dem Satze, dass der Anfechtungsanspruch mit der Forderung, nicht mit dem vollstreckbaren Titel zusammenhängt. [1]) Da die Wahrung der zehnjährigen Frist hienach zu den thatsächlichen Voraussetzungen der erfolgreichen Anfechtung auf Grund des § 3 Z. 1 gehört, so ist von Amts wegen festzustellen, ob die Frist eingehalten wurde.[2]) Es verhält sich hier anders wie bei § 34 der K.-O.; die dortige Frist muss als eine wirkliche Verjährungsfrist betrachtet werden, weil sie nur zu laufen beginnt, nachdem der Anspruch geltend gemacht werden kann, was hier nicht der Fall ist.

2) Hinsichtlich der Berechnung der Frist wird auf Vorbem. 3 zu §§ 22 ff. S. 88 verwiesen. Von einer Unterbrechung des Fristenlaufes wie bei der Klagenverjährung kann hier nicht die Rede sein, weil eine Verjährung nicht in Frage steht. [3]) Nach erfolgloser Geltendmachung läuft hienach auch für eine wiederholte Verfolgung nicht eine neue Frist. Vielmehr wird durch den Ablauf der Frist jede Anfechtung auf Grund des § 3 Z. 1 ausgeschlossen. Wer den Anspruch innerhalb der zehnjährigen Frist gerichtlich geltend gemacht hat, verliert denselben aber nicht dadurch, dass der Prozess hierüber erst nach Ablauf der zehn Jahre beendigt wird. [4])

§ 13.

Wird über das Vermögen des Schuldners das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Verfolgung der von Konkursgläubigern erhobenen Anfechtungsansprüche dem Konkursverwalter zu. Aus dem Erstrittenen sind dem Gläubiger die Prozesskosten vorweg zu erstatten.

Ist das Verfahren über den Anfechtungsanspruch noch rechtshängig, so wird dasselbe unterbrochen. Im Falle einer Verzögerung der Aufnahme kommen die Bestimmungen der Civilprozessordnung § 217 zur entsprechenden Anwendung. Der Konkursverwalter kann den Anspruch nach den Vorschriften der Konkursordnung §§ 30 bis 32, 34 in Gemässheit der §§ 240, 491 der Civilprozessordnung erweitern. Lehnt der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ab, so kann derselbe rücksichtlich der Prozesskosten von jeder Partei aufgenommen werden. Durch die Ablehnung der Aufnahme wird die Befugnis des Verwalters, nach den Vorschriften der Konkursordnung das Anfechtungsrecht auszuüben, nicht ausgeschlossen.

1) Vgl. R.-G. (VI.) 8. Jan. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 374.
2) Vgl. Hartmann S. 213. A. M. Jäckel S. 173 und Korn S. 222.
3) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 201; v. Wilmowski S. 528.
4) Vgl. v. Völderndorff a. a. O.

Soweit der Gläubiger aus dem Zurückzugewährenden eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hatte, finden auf die Anfechtung derselben die Vorschriften des § 23 Z. 1 der Konkursordnung entsprechende Anwendung.

Nach der Beendigung des Konkursverfahrens können Anfechtungsrechte, deren Ausübung dem Konkursverwalter zustand, von den einzelnen Gläubigern nach Massgabe dieses Gesetzes verfolgt werden, soweit nicht dem Anspruche entgegenstehende Einreden gegen den Verwalter erlangt sind. War der Anspruch nicht schon zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens rechtshängig, so wird die im § 3 Z. 2—4 bestimmte Frist von diesem Zeitpunkte berechnet, sofern die Rechtshängigkeit bis zum Ablaufe eines Jahres seit der Beendigung des Konkursverfahrens eintritt.

Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner rücksichtlich seines nicht zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hat, können von den Konkursgläubigern auch während des Konkursverfahrens nach Massgabe dieses Gesetzes angefochten werden.

(E. § 12; M. S. 28—33; K.-O. § 29.)

I. Allgemeine Bemerkungen.

Der Zweck des § 13 besteht darin, die Einwirkungen des Konkursverfahrens auf die Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Konkurses festzustellen. Dessen Bestimmungen betreffen folgende Punkte:

1) Den Einfluss des Konkursverfahrens auf die anhängigen Anfechtungsprozesse (Abs. 1 u. 2);

2) den Einfluss dieses Verfahrens auf die bereits ausserhalb des Konkurses erlangte Rückgewähr (Abs. 3);

3) die Ausübung des Anfechtungsrechtes nach Beendigung des Konkurses (Abs. 4);

4) die ungeachtet der Anhängigkeit des Konkursverfahrens zulässige Anfechtung durch einzelne Gläubiger (Abs. 5).

Der wesentliche Inhalt dieser verschiedenartigen Bestimmungen besteht in folgenden Sätzen: Der Konkurs beeinflusst die Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Konkurses in vierfacher Weise, nämlich durch Unterbrechung der anhängigen Anfechtungsprozesse, durch das Recht des Verwalters, den unterbrochenen Prozess aufzunehmen oder das Anfechtungsrecht unabhängig von dem anhängigen Prozesse zu verfolgen, durch die Fortwirkung der Handlungen des Verwalters auf die Anfechtungsmöglichkeit nach Beendigung des Konkurses, endlich durch die Begründung der Anfechtbarkeit einer Befriedigung oder Sicherung, welche ein Konkursgläubiger durch Ausübung des Anfechtungsrechtes ausserhalb des Konkurses erlangt hatte. Diese Wirkungen erstrecken sich jedoch nur auf die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner bezüglich seines zur Konkursmasse gehörigen Vermögens vorgenommen hatte. Die Anfechtung solcher Handlungen, welche das nicht zur Masse gehörige Vermögen desselben betreffen, wird durch das Konkursverfahren nicht berührt (Abs. 5). Insoweit können deshalb auch die Konkursgläubiger während des Konkurses selbständig das Anfechtungsrecht ausüben. Der Grundsatz des § 11 der K.-O. wird dadurch nicht durchbrochen, weil hier die Vollstreckung in das Vermögen des

Anfechtungsgegners erfolgt. Abgesehen davon ist diese Vorschrift jedenfalls durch Zweckmässigkeitsrücksichten gerechtfertigt. (M. S. 32, 33.) Ausserdem wird durch den Konkurs nicht berührt die Ausübung des Anfechtungsrechtes seitens eines Absonderungsberechtigten hinsichtlich solcher Gegenstände, an welchen der Gläubiger sich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zuschreibt. Dies bedurfte einer besondern Hervorhebung im § 13 nicht, weil es sich aus dem Wesen des Absonderungsrechtes von selbst ergiebt. (Bem. II. zu § 3 der K.-O. S. 25 u. Bem. I. 3 zu § 1 S. 644.) [1])

II. Einfluss der Konkurseröffnung auf anhängige Anfechtungsprozesse. (Abs. 1 u. 2.)

1) Abs. 1 enthält eine Wiederholung der Vorschrift des § 29 der K.-O. für den besondern Fall, dass der Anfechtungsanspruch schon vor der Konkurseröffnung von einem einzelnen Konkursgläubiger d. h. von einem Gläubiger geltend gemacht worden ist, dessen Forderung nach § 2 der K.-O. durch die Konkurseröffnung Konkursforderung geworden ist. Die Gläubiger werden hier, wie im § 23 der K.-O., mit Rücksicht auf die spätere Entwickelung schon für einen Zeitpunkt als Konkursgläubiger bezeichnet, in welchem sie dies noch nicht waren. (Bem. II. 2 zu § 23 S. 115 a. E.) Die Ausdehnung des im § 29 ausgesprochenen Grundsatzes erschien als notwendig mit Rücksicht auf den Zweck und die rechtliche Natur der Anfechtung ausserhalb des Konkurses. Diese soll dem Gläubiger einen Gegenstand für die Zwangsvollstreckung verschaffen. (Einleitung Bem. II.) Da nun § 11 der K.-O. für die Dauer des Konkursverfahrens Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger in das Vermögen des Schuldners vollständig ausschliesst, soll die Vollstreckung zugunsten eines Konkursgläubigers auch in solches Vermögen nicht erfolgen, welches im Wege der Anfechtung zur Masse zu ziehen ist, obgleich dasselbe zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht zur Masse gehörte. Andernfalls hätte § 11 der K.-O. zum grossen Teile umgangen werden können und würde dadurch seine Bedeutung verloren haben. Die weitere Verfolgung des Anfechtungsrechtes seitens einzelner Konkursgläubiger ist dadurch für die Dauer des Konkursverfahrens ausgeschlossen. Daraus ergab sich mit Notwendigkeit, dass ein Anfechtungsanspruch während der Dauer des Konkursverfahrens nur durch den Verwalter verfolgt werden darf. Diesem werden aber in Abs. 2 hiefür zwei Wege eröffnet. Er kann sowohl an Stelle des anfechtenden Gläubigers in den anhängigen Prozess eintreten und diesen Prozess übernehmen, als auch den anhängigen Prozess ruhen lassen und das Anfechtungsrecht durch Anstellung einer neuen Klage geltend machen.

2) Für diese beiden Möglichkeiten wird in Abs. 2 zunächst durch die Vorschrift Raum geschaffen, dass der anhängige Prozess durch die Konkurseröffnung unterbrochen wird. Hierin liegt nicht eine Wiederholung sondern eine Erweiterung des in § 218 der C.-P.-P. ausgesprochenen Grundsatzes. Letzterer berührt an sich nur Prozesse, welche die Konkursmasse betreffen und in welchen demnach der Gemeinschuldner Partei ist. Hier dagegen wird ein Prozess unterbrochen, der fremdes Vermögen betrifft, das erst zukünftig Bestandteil der Masse werden soll. Wie in Abs. 1 dieses Vermögen gegenüber der Anfechtung durch einzelne Gläubiger ebenso behandelt wird, als sei es schon Massebestandteil und deshalb der Zwangsvollstreckung gemäss § 11 der K.-O. entzogen, so wird auch in Abs. 2 in Ansehung desselben Vermögens hinsichtlich der Unterbrechung in gleicher Weise verfahren. Die Unterbrechung setzt aber voraus, dass der Anfechtungsanspruch durch Klage oder Widerklage geltend gemacht worden ist. Auf einen Hauptprozess über einen andern Anspruch, bei welchem es sich nicht um Rückgewähr sondern um vom Konkursverfahren nicht berührte Rechte handelt und lediglich zum Zwecke der Abwehr einer Klage oder Einrede das Anfechtungsrecht durch Einrede oder Replik geltend gemacht wird, erstreckt

[1]) Vgl. O.-L.-G. Kiel 29. Okt. 1880, Juristenzeit. Bd. V. S. 185 und Schlesw.-Holstein. Anz. 1881 S. 10.

sich die Unterbrechung nicht.[1]) Die weitere Berücksichtigung der Einrede oder Replik ist übrigens auch in solchen Fällen wegen § 13 Abs. 1 des Anf.-Ges. ausgeschlossen, da den Gläubigern die Befugnis zur Anfechtung durch die Konkurseröffnung entzogen wird. (Bem. I. zu § 29 S. 150.)[2]) Nach Übernahme seines Amtes hat sich der Verwalter schlüssig zu machen, ob er den unterbrochenen Prozess für Rechnung der Konkursmasse aufnehmen d. h. sein Anfechtungsrecht durch diese Aufnahme ausüben oder ob er einen neuen Prozess beginnen will. Sind aus demselben Anfechtungsgrunde von verschiedenen Gläubigern mehrere Anfechtungsprozesse anhängig gemacht worden, so hat der Konkursverwalter die Wahl, welchen Prozess er aufnehmen will; die Aufnahme aller Prozesse wäre zwecklos, da überall dieselbe Person Beklagter ist. Jedenfalls folgt aus der Aufnahme des einen Prozesses nicht, dass auch die andern aufgenommen werden müssten. Die Einleitung eines neuen Prozesses wird der Konkursverwalter dann vorziehen, wenn der anhängige Prozess vom Gläubiger schlecht geführt worden ist und die Mängel der Prozessführung im weitern Verfahren nicht beseitigt werden können. Der letztere Weg muss gewählt werden, wenn der Prozess in der Revisionsinstanz oder in der Lage zwischen Berufungs- und Revisionsinstanz unterbrochen worden ist, weil dann diejenige Erweiterung des Klagantrages nicht mehr vorgenommen werden kann, welche durch den Unterschied zwischen der Anfechtung nach der Konkursordnung und nach dem Anfechtungsgesetze notwendig wird. (Bem. II. 3 S. 681.) Dies gilt auch dann, wenn nach Lage der Sache vom Konkursverwalter in der Revisionsinstanz die Zurückverweisung an das Berufungsgericht beantragt werden kann, weil, wenn diesem Antrage nicht entsprochen wird, die Prozesslage die nötige Änderung der Anträge nicht mehr gestattet. Ein neuer Prozess ist endlich auch dann notwendig, wenn der vom Gläubiger anhängig gemachte Prozess zur Zeit der Konkurseröffnung bereits rechtskräftig erledigt ist. In den Motiven (S. 30) wird zwar behauptet, dass in diesem Falle sowie nach Erlass eines vorläufig vollstreckbaren Urteiles der Verwalter befugt sei, „die Zwangsvollstreckung in dem Umfange zu betreiben, in welchem zugunsten des Gläubigers die Rückgewährspflicht ausgesprochen worden ist“. Die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung soll in diesen Fällen nach der in den Motiven weiter ausgesprochenen Ansicht gemäss §§ 665, 666 der C.-P.-O. auf Grund der Bestallung des Konkursverwalters erfolgen. Der Konkursverwalter kann aber unmöglich ein Urteil vollstrecken lassen, welches auf Gestattung der Zwangsvollstreckung zugunsten einer einzelnen Forderung lautet, für welche gemäss § 11 der K.-O. Zwangsvollstreckung nicht mehr möglich ist. Ebensowenig kann derselbe die Vollstreckung eines Urteiles bewirken, welches auf Zahlung einer Geldsumme an den einzelnen Gläubiger lautet. (Bem. II. 2 zu § 7 S. 668.) Der Konkursverwalter ist nicht Rechtsnachfolger des Gläubigers, kann folglich auch nicht auf Grund des § 665 der C.-P.-O. vollstreckbare Ausfertigung erlangen. Das Gegenteil ergiebt sich keineswegs aus § 13 Abs. 1 und 2 des Anf.-Ges., denn der Übergang der Anfechtungsbefugnis auf den Verwalter beruht ebenso wie die Unterbrechung des Verfahrens und die Aufnahmebefugnis des Verwalters nicht auf einer Rechtsnachfolge sondern auf dem Widerspruche zwischen dem Zwecke der Anfechtung und dem § 11 der K.-O. (Bem. II. 1 S. 679.) Aus dieser Grundlage des § 13 folgt nur, dass der Gläubiger nicht mehr vollstrecken lassen darf und dass dem Konkursverwalter die Befugnis zusteht, das Anfechtungsrecht seinerseits selbständig auszuüben, nicht aber, dass er als Rechtsnachfolger des Gläubigers zu betrachten sei.[3]) Die in den

[1]) Vgl. Cosack S. 360 Anm. 7, welcher dasselbe auch bei Verfolgung mittels Widerklage behauptet; ferner Hartmann S. 217; v. Völderndorff Bd. III. S. 208 lit. f.

[2]) A. M. v. Völderndorff a. a. O. Wegen des österreichischen Rechtes ist zu vergleichen Menzel S. 309, der bemerkt, einredeweise könne der Anfechtungsanspruch eines einzelnen Gläubigers auch während des Konkursverfahrens geltend gemacht werden, diese Anordnung aber als folgewidrig bezeichnet.

[3]) A. M. im Anschlusse an die Mot. Cosack S. 361; Hartmann S. 215, 216; Jäckel S. 237; Korn S. 259; Otto S. 224, 225; Willenbücher S. 282 Nr. 5a; v. Wilmowski S. 159 Nr. 2b.

Motiven dargelegte Auffassung würde nur dann als gerechtfertigt erscheinen, wenn der für den einzelnen Gläubiger erworbene Anspruch kraft Gesetzes auf den Verwalter überginge. Dies ist aber nirgends vorgeschrieben; vielmehr macht dieser einen ganz andern Anspruch geltend als jener. Würde der Gläubiger, z. B. weil er von der Konkurseröffnung keine Kenntnis hat, das von ihm erwirkte Urteil vollstrecken lassen, so wäre die Vollstreckungshandlung ungültig und es müsste das durch Vollstreckung Erlangte nicht an die Masse, für welche der Anfechtungsanspruch noch nicht durchgeführt ist, sondern an den Anfechtungsgegner zurückgegeben werden. Der Konkursverwalter kann aus dem Urteile, das in einem Prozesse erlassen wurde, in welchem der Schuldner nicht Partei war, keine Rechte ableiten.[1]) Selbst insofern, als das Urteil rein obligatorische Wirkungen beseitigt z. B. die Unwirksamkeit einer Forderungsübertragung oder eines Schulderlasses ausspricht, genügt dasselbe den Zwecken des Konkursverfahrens nicht, weil die Unwirksamkeit nur gegenüber dem einen Gläubiger, nicht zugunsten der Konkursmasse und sämtlichen Gläubigern gegenüber ausgesprochen worden ist. Andererseits steht der Anfechtung durch den Konkursverwalter ein Urteil nicht entgegen, durch das die Anfechtung ausserhalb des Konkurses rechtskräftig zurückgewiesen wurde.[2])

3) Lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme eines anhängigen Prozesses ab, wozu er in Fällen des § 121 Z. 2 der Genehmigung des Gläubigerausschusses bedarf, so erlangt einerseits er selbst das Recht, den Anfechtungsanspruch auf anderem Wege zu verfolgen. Andererseits sind dann die Parteien des anhängigen Prozesses befugt, diesen Prozess ihrerseits aufzunehmen, jedoch nur zu dem Zwecke, um eine Entscheidung über die Kostenpflicht herbeizuführen. Diese Beschränkung gilt selbst dann, wenn der Verwalter erklärt, dass er das Anfechtungsrecht überhaupt nicht geltend machen werde.[3]) Wenn die Parteien ihren unterbrochenen Prozess aufgenommen haben, aber gleichzeitig ein Prozess zwischen dem Konkursverwalter und dem Anfechtungsgegner anhängig ist, so kann das Gericht die Entscheidung über die Kostenpflicht im erstern Prozesse gemäss § 139 C.-P.-O. aussetzen.[4])

Erfolgt die Aufnahme seitens des Konkursverwalters, so wird der Gläubiger von der weitern Prozessführung ausgeschlossen, kann jedoch dem Verwalter als Nebenintervenient beitreten. (Bem. 1 zu § 29 S. 151.) Der Konkursverwalter aber muss den geltend gemachten Anspruch in Gemässheit des § 30 der K.-O. sowie der §§ 240 und 491 der C.-P.-O. erweitern, denn der vom Einzelgläubiger gestellte Antrag entspricht niemals dem Zwecke der vom Verwalter ausgehenden Anfechtung. Statt der Feststellung der Unwirksamkeit einer Rechtshandlung gegenüber dem einzelnen Gläubiger muss die Feststellung der Unwirksamkeit gegenüber dem zur Masse gehörigen Vermögen des Gemeinschuldners und gegenüber der Gesamtheit der Gläubiger verlangt werden, statt der Duldung der Zwangsvollstreckung die Rückgewähr zur Masse. Sofern der Gegenstand der Rückgewähr höhern Wert hat als die Forderung des einzelnen Gläubigers, von dem die Anfechtung ausging, muss ferner statt der Rückgewähr bis zur Höhe der Forderung die volle Rückgewähr verlangt werden. Macht der Konkursverwalter von seiner Befugnis, den Klagantrag zu erweitern, keinen Gebrauch, so muss die Klage ihm gegenüber abgewiesen werden, weil der vom Gläubiger gestellte Antrag zur Zeit der Begründung entbehrt. Allerdings sagt das Gesetz nur „kann" und nicht „muss"; dasselbe durfte aber einen andern Ausdruck nicht gebrauchen, da es unter der Herrschaft des Dispositionsprinzipes keine prozessuale Handlungspflicht giebt.[5])

[1]) A. M. Korn S. 259.

[2]) Vgl. Jäckel S. 239; Korn S. 261 Nr. VI.; Willenbücher S. 282 Nr. 5b.

[3]) Vgl. Cosack S. 360; Jäckel S. 239, 240; v. Sarwey S. 138 lit. b; v. Völderndorff Bd. III. S. 211; Willenbücher S. 281; v. Wilmowski S. 159.

[4]) Vgl. Hartmann S. 222; Jäckel S. 240 Anm. 61; Meisner S. 475; Otto S. 224; v. Sarwey S. 139 lit. c; Willenbücher S. 281; v. Wilmowski S. 159.

[5]) Vgl. Cosack S. 360 a. E.; Kranichfeld S. 58, 59 Nr. 5; v. Wilmowski S. 158, 159 Nr. 2a zu § 29. A. M. Jäckel S. 240, 241, der ein Wahlrecht des Verwalters behauptet.

Wenn der Konkursverwalter den Prozess erst in der Berufungsinstanz aufnimmt, so ist er anscheinend durch § 499 der C.-P.-O. hinsichtlich der Erweiterung des Klagantrages beschränkt. Weil Gegenstand der Berufungsverhandlung nur die den zu- oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte sind, scheint es nämlich, als ob der Verwalter in der Berufungsinstanz nicht mehr verlangen könnte, als der Gläubiger in erster Instanz verlangt hatte. Allein, da § 491 der C.-P.-O., auf den auch § 13 Bezug nimmt, ausdrücklich in zweiter Instanz die Erweiterung gemäss § 240 Z. 2 der C.-P.-O. zulässt, so kann aus § 499 nicht die Unzulässigkeit dieser Erweiterung gefolgert werden. Andernfalls würde die Bezugnahme auf § 491 ziemlich wertlos sein. Der Verwalter bringt auch in der Berufungsinstanz, indem er statt beschränkter die unbeschränkte Rückgewähr, statt Duldung der Vollstreckung die Rückgewähr zum Vermögen des Gemeinschuldners fordert, einen andern Anspruch nur insofern zur Verhandlung und Entscheidung, als der von ihm verfolgte Anspruch nicht den einzelnen Konkursgläubiger sondern den Gemeinschuldner zum Subjekte hat. Diese Veränderung des Anspruches, die sonst gemäss § 489 der C.-P.-O. unzulässig wäre, ist nun im § 13 Anf.-Ges. ausdrücklich gewollt; die Veränderung des Gegenstandes des Anspruches aber fällt unter die nach § 240 Z. 2 und 3 zulässigen Erweiterungen.[1]) Dagegen ist die Änderung des Anfechtungsgrundes auch in diesem Falle eine unzulässige Klageänderung im Sinne von § 235 Z. 3 und § 489 der C.-P.-O. (Bem. III. 1 zu § 22 S. 98, 99 und Nachtrag hiezu.)[2])

4) Die Aufnahme des Prozesses durch den Konkursverwalter hat ähnliche Wirkungen, wie sie im Falle des § 134 der K.-O. entstehen. Es tritt während des Prozesses ein Wechsel in der Parteirolle ein, ohne dass derselbe durch Rechtsnachfolge veranlasst und vermittelt wäre; überdies ändert sich hier auch der Prozessgegenstand, weil der Anfechtungsanspruch, den der Verwalter verfolgt, ein anderer ist als der vom einzelnen Gläubiger geltend gemachte. Es werden also zwei ganz verschiedene Prozessrechtsverhältnisse miteinander verbunden, und zwar in der Weise, dass das eine nicht zu Ende geführt, das andere auf dem ausserordentlichen Wege der Aufnahme begründet wird. (Bem. II. 2 zu § 134 S. 453.) Diese eigentümliche prozessuale Behandlung dient zunächst zur Abkürzung und Erleichterung für die Verfolgung des Anfechtungsrechtes. Sie hat aber auch die Bedeutung einer materiellen Erweiterung der Anfechtbarkeit in den Fällen des § 24 Z. 2 und des § 25 (§ 3 Z. 2—4 Anf.-Ges.), insofern der Konkursverwalter dadurch in die Lage versetzt wird, Rechtshandlungen anfechten zu können, welche mehr als ein bezw. zwei Jahre vor der Konkurseröffnung vorgenommen wurden, aber immerhin noch innerhalb der ein- oder zweijährigen Frist liegen, welche von der Rechtshängigkeit des Anspruches an gerechnet wird. Denn, indem der Konkursverwalter ermächtigt worden ist, den vom Gläubiger erhobenen Anspruch weiter zu verfolgen, kommt ihm die von diesem gewahrte Frist zu gute und braucht er lediglich zu beweisen, dass die von dem einzelnen Gläubiger gemäss § 3 Z. 2—4 zu berechnende Frist eingehalten wurde, nicht auch, dass die nach den §§ 24 oder 25 einzuhaltende Frist gewahrt worden ist.[3]) Dagegen werden, wenn der Verwalter durch neue Klage oder durch Einrede eine von dem bisherigen Prozesse unabhängige Verfolgung des Anfechtungsrechtes einleitet, die Fristen nach §§ 24, 25 K.-O. berechnet.

5) Gewinnt der Verwalter den aufgenommenen Prozess, so hat derjenige Gläubiger, der denselben begonnen hatte, einen vorweg zu berichtigenden Anspruch auf die Erstattung seiner bis zur Unterbrechung erwachsenen Prozesskosten aus demjenigen, was der Verwalter erstritten hat. Dieser Anspruch begründet nicht bloss eine Masseschuld, sondern er ist ein

[1]) A. M. scheint v. Wilmowski S. 159 Bem. 2a Abs. 2 zu sein.

[2]) Vgl. Hartmann S. 219, 220; Jäckel S. 242; Otto S. 224; v. Sarwey S. 138; v. Völderndorff Bd. III. S. 210; Willenbücher S. 281.

[3]) Vgl. Cosack S. 361; Korn S. 258, 260 Nr. IV.; Kranichfeld S. 58 Nr. 2 und 4; Meisner S. 476; v. Völderndorff Bd. III. S. 207; Willenbücher S. 281 Nr. 1.

Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus einem bestimmten Teile der Masse. Die Bestimmung rechtfertigt sich dadurch, dass sonst die Masse in ungerechtfertigter Weise bereichert wäre, indem das durch den Prozess Erstrittene ganz in die Masse fliessen würde, während sie die hiefür aufzuwendenden Kosten nur zum Teile d. h. von der Aufnahme ab zu tragen hätte. Daraus folgt auch, dass die Erstattung der Prozesskosten aus der Masse an den Gläubiger nicht stattfindet, wenn der Verwalter die Aufnahme abgelehnt hat. Alsdann ist die Masse nicht bereichert. Für diese Auffassung spricht auch der Inhalt des 2. und 4. Absatzes, insofern hier eine Weiterführung des unterbrochenen Prozesses hinsichtlich der Kostenpflicht schon während des Konkurses zugelassen und damit die Erledigung der Kostenfrage unter den Parteien selbst ermöglicht wird.[1])

6) Falls der Verwalter die Erklärung über Aufnahme oder Nichtaufnahme verzögert oder ausdrücklich verweigert, kommt § 217 der C.-P.-O. zu entsprechender Anwendung. Der Prozess kann nur gegenüber dem Anfechtungsgegner aufgenommen werden; folglich kann auch nur dieser den Konkursverwalter zur Erklärung über die Aufnahme laden. Dagegen wäre das Betreiben der Aufnahme seitens des anfechtenden Gläubigers gegenstandslos, weil der Verwalter mit ihm nicht über die Aufnahme verhandeln könnte.[2]) Nur wenn der Verwalter auf Ladung des Anfechtungsgegners zur Verhandlung über die Aufnahme nicht erscheint oder im Termine nicht verhandelt, kann er durch Versäumnisurteil zur Aufnahme gezwungen werden. Falls derselbe erscheint, darf er auch im Termine, wie aussergerichtlich, die Aufnahme ohne Begründung ablehnen; die Partei hat nur ein Recht darauf, zu erfahren, ob der Verwalter den Prozess aufnehmen will oder nicht.

III. **Anfechtbarkeit.** (Abs. 3.)

Ist zur Zeit der Konkurseröffnung das von einem einzelnen Gläubiger erlangte Urteil über den Anfechtungsanspruch ganz oder teilweise vollstreckt, so ist damit die Anfechtung dieses Erwerbes zugunsten der Masse an und für sich ausgeschlossen; der Gläubiger hat nur erlangt, was er zu beanspruchen hatte. Nur wenn der Gläubiger zu der Zeit, da er die Sicherung oder Befriedigung erhielt, von der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung Kenntnis hatte und wenn seine Forderung Konkursforderung, er selbst Konkursgläubiger ist, so dass die Voraussetzungen des § 23 Z. 1 Abs. 2 vorliegen, ist die Anfechtung zulässig. In diesem Falle ist nach dem klaren Wortlaute des Abs. 3 nur § 23 Z. 1 Abs. 2, nicht auch § 33 anzuwenden, obgleich der anfechtende Gläubiger seinen anfechtbaren Erwerb nicht unmittelbar vom Gemeinschuldner sondern von einer Person ableitet, deren Erwerb ebenfalls anfechtbar war. Damit ist ferner die Geltendmachung jedes andern Anfechtungsgrundes insbesondere diejenige des § 24 Z. 1 ausgeschlossen. Jene Voraussetzung wird nicht selten zutreffen, denn indem der Gläubiger den Anfechtungsanspruch geltend machte, musste er behaupten, dass die Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners erfolglos gewesen sei oder voraussichtlich erfolglos sein würde; dieser Zustand wird aber regelmässig darauf beruhen, dass der Schuldner in der That weder genügende Zahlungsmittel noch andere ausreichende Befriedigungsmittel hat und dass er aus diesem Grunde seine Verpflichtungen nicht erfüllt. Hierin liegt aber eine allgemeine Zahlungseinstellung. Deshalb wird regelmässig anzunehmen sein, dass auch der Gläubiger hierin den Grund für die Erfolglosigkeit der Vollstreckung suchte also wusste, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt habe. Anders würde es sich nur dann verhalten, wenn der Gläubiger einen besondern Grund zu der Annahme hatte, die Erfolglosigkeit der Vollstreckung beruhe darauf, dass der Schuldner die in genügender Menge vorhandenen Befriedigungsmittel beseitigt bezw. verheimlicht, zu gleicher Zeit aber andere Gläubiger bezahlt habe.

[1]) Vgl. Willenbücher S. 282 Nr. 4.

[2]) Vgl. Jäckel S. 239; Kranichfeld S. 59 Nr. 6; Otto S. 223. A. M. v. Völderndorff Bd. III, S. 208, 209 lit. g.

IV. Ausübung des Anfechtungsrechtes nach beendigtem Konkursverfahren.

1) Mit der Beendigung des Konkurses, worunter sowohl die Einstellung als die Aufhebung des Konkursverfahrens zu verstehen ist, hört die Unterbrechung des Civilprozesses kraft Gesetzes (§ 218 C.-P.-O.) auf. Jeder Gläubiger kann nun seinen eigenen Anfechtungsanspruch selbständig im Prozesswege verfolgen, während die Anfechtung durch den frühern Konkursverwalter selbst dann unzulässig ist, wenn sie zu dem Zwecke erfolgt, um neue Vermögensgegenstände behufs einer Nachtragsverteilung herbeizuschaffen. (Bem. 1 zu § 153 S. 489.)[1])

Die Verfolgung des Anfechtungsrechtes seitens der einzelnen Gläubiger kann durch die Fortführung eines von dem Gläubiger eingeleiteten aber unterbrochenen Prozesses geschehen, welchen der Konkursverwalter entweder nicht aufgenommen hat oder doch nicht zu Ende führte. Dagegen kann der einzelne Gläubiger nicht einen unbeendigten Anfechtungsprozess fortführen, den nicht er selbst begonnen hatte. (Bem. 2 zu § 29 S. 152.)[2]) Wenn der Gläubiger den vor der Konkurseröffnung von ihm begonnenen Prozess fortsetzt, so muss ohnehin die nach § 3 Z. 2—4 einzuhaltende Frist vom Tage des Eintrittes der Rechtshängigkeit ab gerechnet werden; die Anfechtbarkeit wird also durch den Zeitverlust nicht berührt. Für die Fälle aber, in welchen der Gläubiger eine vor der Konkurseröffnung vorgenommene Rechtshandlung durch Erhebung einer neuen Klage bezw. durch Vorbringen einer Einrede nach Beendigung des Konkurses anfechten will, gewährt das Gesetz eine erweiterte Frist unter der Voraussetzung, dass der Anfechtungsanspruch innerhalb eines Jahres nach der Beendigung des Konkurses im Sinne des § 3 Anf.-Ges. (Bem. II. zu § 3 S. 659) rechtshängig gemacht wird. Die Erweiterung besteht darin, dass die Fristen des § 3 Z. 2—4 nicht berechnet werden vom Tage der Rechtshängigkeit, sondern vom Tage der Konkurseröffnung ab, so dass der einzelne Gläubiger nach Beendigung des Konkurses alle Handlungen anfechten kann, die der Konkursverwalter auf Grund der §§ 24 und 25 K.-O. hätte anfechten können.

2) Das Anfechtungsrecht kann jedoch nach Beendigung des Verfahrens nur insofern verfolgt werden, als nicht der Anfechtungsgegner Einreden gegen den Konkursverwalter erlangt hat. Solche Einreden ergeben sich insbesondere aus rechtskräftiger Erledigung eines Anfechtungsprozesses seitens des Verwalters[3]) oder aus Vergleichen, welche dieser über die Pflicht zur Rückgewähr geschlossen hat. Dagegen begründet die blosse Ablehnung der Anfechtung eine Einrede nicht. (M. S. 32.)[4]) Hat der Verwalter die Unanfechtbarkeit ausdrücklich anerkannt und die hieraus entstandenen Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners erfüllt, so ist damit auch eine Einrede gegenüber den einzelnen Gläubigern und zwar selbst dann geschaffen, wenn der Verwalter die Rechte der letztern ausdrücklich vorbehalten hatte.[5]) Auch die Einrede der Verjährung aus § 34 der K.-O. kann dem einzelnen Gläubiger nach Beendigung des Konkurses nicht entgegengehalten werden. Dies ergiebt sich für die Fälle des § 3 Z. 2—4 aus der Fristerstreckung in Abs. 4, welche unbedingt also auch für den Fall gewährt ist, dass der Konkursverwalter den Anfechtungsanspruch nicht geltend gemacht hat. Die Fristerstreckung wäre meistens gegenstandslos, wenn zugleich § 34 zur Anwendung käme. Da der Konkursverwalter das von ihm ausgeübte Anfechtungsrecht regelmässig bis zur vollständigen Erledigung verfolgen wird, würden ferner die Gläubiger bei Anwendung des § 34 mit der nachträglichen Anfechtung auf solche Fälle beschränkt sein, in welchen nicht nur der Verwalter das Anfechtungsrecht nicht ausgeübt hat, sondern auch das Konkursverfahren

[1]) A. M. Cosack S. 363 Anm. 4; Hartmann S. 227; Korn S. 35; Otto S. 155; v. Völderndorff Bd. III. S. 213 Anm. 4.

[2]) Vgl. Cosack S. 362; Meisner S. 476 Nr. II.; v. Völderndorff Bd. III. S. 213; Willenbücher S. 282 Nr. 6.

[3]) Vgl. R.-G. (III.) 16. April 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 1160.

[4]) Vgl. Willenbücher S. 282 Nr. 6.

[5]) Vgl. O.-L.-G. Stuttgart 3. Dez. 1885, Württemb. Jahrb. Bd. II. S. 4.

kürzere Zeit dauerte als ein Jahr, wogegen wieder die unbedingte Fristerstreckung spricht. Wenn hienach für die Fälle des § 3 Z. 2—4 die dortigen Fristen in ihrer durch § 13 Abs. 4 verfügten Ausdehnung massgebend bleiben, so muss auch für die Fälle des § 3 Z. 1 die zehnjährige Frist des § 12 Anf.-Ges. gelten; es bleibt sohin für die Anwendung des § 34 der K.-O. kein Raum. (Vgl. auch die Motive zu § 34 der K.-O. S. 154, dagegen aber auch die Motive zu § 13 Anf.-Ges. S. 32.)[1]) Der Vorbehalt der gegen den Konkursverwalter erlangten Einreden kann natürlich nur für die Anfechtung solcher Rechtshandlungen gelten, die vor der Konkurseröffnung vorgenommen worden sind und bezüglich deren der Verwalter das Anfechtungsrecht ausüben konnte. Insoweit wirkt der Vorbehalt jedoch gegen jeden Gläubiger, sowohl gegen die Konkursgläubiger als gegen diejenigen, welche erst nach der Konkurseröffnung eine Forderung erworben haben. (M. S. 33.) [2])

Abgesehen von den Einreden wird der einzelne Gläubiger bei Fortführung eines von ihm begonnenen und von dem Konkursverwalter aufgenommenen aber nicht beendigten Prozesses durch die Lage beschränkt, welche der Konkursverwalter mit seiner Prozessführung geschaffen hat.

§ 14.

Dieses Gesetz tritt im ganzen Umfange des Reiches gleichzeitig mit der Konkursordnung in Kraft.

Dasselbe findet auch auf die vor diesem Zeitpunkte vorgenommenen Rechtshandlungen Anwendung, sofern sie nicht nach den Vorschriften der bisherigen Gesetze der Anfechtung entzogen oder in geringerem Umfange unterworfen sind.

Ist der Anfechtungsanspruch zur Zeit des Inkrafttretens dieses Gesetzes rechtshängig, so bleiben für die Entscheidung des Rechtsstreites die Vorschriften der bisherigen Gesetze massgebend.

(E. § 13; M. S. 33, 34.)

Bei den innigen Beziehungen zwischen dem Anfechtungsgesetze und der Konkursordnung erschien es als geboten, beide Gesetze an einem Tage in Kraft treten zu lassen. (Abs. 1.) In Abs. 2 und 3 sind Übergangsbestimmungen enthalten, welche jetzt, nachdem das Gesetz 10 Jahre in Kraft ist, keine praktische Bedeutung mehr haben. Hinsichtlich der Bestimmung in Abs. 2 wird es genügen, auf die entsprechende Vorschrift im § 9 des Einf.-Ges. zur K.-O. und auf die dortigen Erläuterungen zu verweisen. Der Abs. 3 diente zum Schutze erworbener Rechte; nach dem frühern Rechte bestimmen sich in solchen Fällen nicht nur die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit, sondern auch der Begriff der Rechtshängigkeit und der Einfluss der Konkurseröffnung auf die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen ausserhalb des Konkursverfahrens.

[1]) Vgl. Hartmann S. 225, 226. A. M. Jäckel S. 244; Meisner S. 477; v. Sarwey S. 140; v. Völderndorff Bd. III. S. 214.

[2]) Vgl. v. Völderndorff Bd. III. S. 216; v. Wilmowski S. 530.

Nachträge

zur

Konkursordnung.[1]

§ 1.

S. 5 Bem. I. 3 a. E.: Die wegen Verbotes der Eheschenkung von Anfang an nichtige Schenkung kann der Konkursverwalter unabhängig von der Frist des § 25 zurückfordern; auch der Anspruch auf Löschung einer der Ehefrau geschenkten Hypothek gehört zur Konkursmasse. R.-G. (VI.) 21. Febr. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 1582.

S. 7 Bem. III. 2b: Vgl. noch Dreyer in Puchelts Zeitschr. Bd. 20 S. 332 ff., 542 ff.

S. 7 nach d. Texte z. Anm. 3: Aus dem zugunsten eines Dritten geschlossenen Versicherungsvertrage erwirbt der Dritte den Anspruch auf die Versicherungssumme unentziehbar erst durch Annahme oder durch den Tod des Versicherungsnehmers. Gerät letzterer in Konkurs, so kann der Konkursverwalter in Ermangelung der Annahme die aus dem Vertrage entstandene Forderung veräussern. O.-L.-G. Colmar, 17. Okt. 1887, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 13 S. 203 ff.

S. 8 Anm. 1: R.-G. (VI.) 18. Mai 1887, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 218 ff. und Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1119 ff.

§ 2.

S. 17 Anm. 2: Vgl. noch Rocholl in Buschs Zeitschr. Bd. VIII. S. 407, 408.

S. 17 a. E., Bem. I. 2: Durch die Konkurseröffnung wird an den Rechten der Gläubiger nichts geändert, soweit nicht die Konkursordnung ausdrücklich anders bestimmt hat. Deshalb kann der Konkursverwalter — abgesehen vom Anfechtungsrechte — nur solche Einreden geltend machen, welche dem Gemeinschuldner selbst zustehen. R.-G. (VI.) 25. Okt. 1886, Bolze Bd. IV. Nr. 1575.

S. 17 a. a. O.: Die Konkursgläubiger sind an die durch den Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung in sonst unanfechtbarer Weise vorgenommene Vorrangseinräumung gebunden. R.-G. (V.) 17. Nov. 1886, Bolze Bd. IV. Nr. 1576.

[1] Wenn hier auf eine Entscheidung ohne Inhaltsangabe verwiesen wird, so bedeutet das, dass die Entscheidung denselben Satz aufstellt wie derjenige Text, auf welchen sich die eingangs bezeichnete, zu ergänzende Bemerkung bezw. Anmerkung bezieht; der Zusatz „a. M.“ weist darauf hin, dass die nachgetragene Entscheidung der im Texte vertretenen Meinung entgegensteht.

§ 3.

S. 25 nach d. Texte z. Anm. 1: Die Befriedigung der Absonderungsberechtigten erfolgt nicht durch den Konkursverwalter oder ein anderes Organ des Konkursverfahrens. Vielmehr ist es denselben überlassen, ihre Rechte durch Anwendung der gesetzlichen Mittel selbst zu verwirklichen. R.-G. (V.) 13. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 170, 171.

S. 25 Anm. 2: R.-G. (V.) 28. Nov. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 331 a. E.

S. 25 nach d. Texte z. Anm. 3: Der Konkursverwalter haftet nicht persönlich wegen Herausgabe dessen, was er statt des Absonderungsberechtigten für die Masse eingenommen hat, sondern kann nur in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter belangt werden. R.-G. (III.) 17. Dez. 1886, Bolze Bd. IV. Nr. 1580.

S. 26 Bem. II. 3 a. E.: Klagen aus Hypothekzinsen eines zur Masse gehörigen Grundstückes, bezüglich dessen abgesonderte Befriedigung verlangt wird, sind gegen den Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners zu richten; derselbe kann zur Zahlung aus der Masse verurteilt werden, weil zugunsten von Absonderungsberechtigten auch Vollstreckung in die Masse zulässig ist. Ldg. Hamburg 9. Mai 1888, Hanseat. Gerichtszeit. Bd. X. S. 49, 50.

S. 26 Anm. 4: R.-G. (V.) 18. Febr. 1886, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VI. S. 139.

§ 5.

S. 29 Anm. 5: Die Entsch. des R.-G. (VI.) ist auch in Bolze Bd. V. Nr. 1411 und Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 127, 128 mitgeteilt, jedoch mit dem Datum des 26. Sept. 1887.

S. 29 Anm. 8: R.-G. (II.) 16. Okt. 1888, rhein. Arch. Bd. 79 Abt. III. S. 125, Puchelts Zeitschr. Bd. 20 S. 248 ff.

S. 29 nach d. Texte z. Anm. 8: Ist über das Vermögen des Schuldners einer veräusserten Forderung das Konkursverfahren eröffnet worden, so hindert die an den Konkursverwalter erfolgte Benachrichtigung (Art. 1690 C. c.) den Schuldner und den frühern Gläubiger nicht, einen Nachlassvertrag abzuschliessen oder ein für die Zeit nach Beendigung des Konkurses wirksames Abkommen zu treffen. Erst mit der Benachrichtigung an den Gemeinschuldner selbst erlangt der Erwerber auch diesem gegenüber das Gläubigerrecht. R.-G. (II.) 16. Okt. 1888 a. a. O.

S. 31 Anm. 4: Vgl. noch Fischer, Recht und Rechtsschutz (Beitr. z. Erläuterung des Entw. eines bürgerl. Gesetzb. 6. Heft) S. 45 und Buschs Zeitschr. Bd. X. S. 436.

S. 32 Bem. II. 1: Wenn der Konkursverwalter Sachen, welche der Zwangsvollstreckung nicht unterworfen sind, zur Masse gezogen und veräussert hat, kann der Gemeinschuldner auf Herausgabe des Erlöses oder auf Ersatz klagen. O.-L.-G. Kiel 29. Sept. 1887, Schlesw.-Holst. Anz. 1887 S. 355.

S. 34 Anm. 1: R.-G. (I.) 21. Jan. 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 99.

S. 34 Bem. II. 2 a. E.: Wenn der Konkursverwalter für einen dem Vermögen des Schuldners zugefügten Schaden Ersatz erlangt und diesen zur Masse gezogen hat, so kann ein einzelner Gläubiger auch nicht auf Grund des Art. 225b des H.-G.-B. nochmals Schadenersatz fordern. R.-G. (VI.) 25. April 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 232.

S. 34 a. a. O.: Gegebenen Falles hat der Gemeinschuldner selbst den durch die Handlungen des Konkursverwalters, seines Vertreters, entstandenen Schaden, z. B. wegen Veräusserung einer nicht zur Masse gehörigen Sache, zu ersetzen. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn derjenige, welcher Entschädigung fordert, selbst den Schaden verschuldet hat, indem er z. B. dazu mitwirkte, dass der Konkursverwalter zur Annahme gelangte, die Sache gehöre zur Masse. R.-G. (I.) 23. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 208.

§§ 8 ff.

S. 47 Bem. I. 4 a. E.: Der Konkursverwalter kann für die von ihm in Vertretung des Gemeinschuldners zu führenden Prozesse das Armenrecht nicht erlangen. O.-L.-G. Colmar 6. Dez. 1881 und 10. Jan. 1883, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 8 S. 168.

S. 47 Bem. I. 5: Der Gemeinschuldner kann in den vom Konkursverwalter für die Masse geführten Prozessen zufolge seiner Parteistellung als Zeuge nicht vernommen werden. (Bem. I. 2 und II. 1 zu § 5.) A. M. O.-L.-G. Kiel 10. Jan. 1889, Schlesw.-Holst. Anz. 1889 S. 97 ff.; ferner R.-G. (III.) 15. Febr. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 1071. (Vgl. auch Nachtrag zu S. 152 Bem. 2.)

S. 50 Anm. 1: R.-G. (I.) 23. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 207, 208.

S. 50 nach d. Texte z. Anm. 1: Der Gläubiger, welcher vor der Konkurseröffnung einen Prozess gegen den Gemeinschuldner anhängig gemacht hatte, kann nach der Konkurseröffnung nur entweder den Prozess liegen lassen und seine Forderung zur Masse anmelden, oder auf die Befriedigung aus der Masse verzichten und den Prozess weiterführen; aber er kann nicht beide Wege zugleich gehen. R.-G. (I.) 12. Mai 1886, Gruchots Beitr. Bd. 31 S. 1122 und jur. Wochenschr. 1886 S. 229.

§§ 15 ff.

S. 58—86. Vgl. noch Oetker in Buschs Zeitschr. Bd. XIV. S. 1 ff.

S. 59 Vorbem. 2: Der Konkursverwalter hat von den ihm durch die §§ 15 ff. insbesondere durch § 21 eingeräumten Befugnissen nur im Interesse der Konkursgläubiger, nicht in demjenigen dritter Personen Gebrauch zu machen. Dritte können daher nicht geltend machen, dass der Konkursverwalter, welcher das den Vertrag auflösende Versäumnisurteil durch Zurücknahme des Einspruches rechtskräftig werden liess, nicht hiezu berechtigt gewesen sei. R.-G. (II.) 25. März 1887, jur. Wochenschr. 1887 S. 207, 208, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 39, 40.

§ 16.

S. 67 Bem. I. a. E.: Die Entkräftung der Bestimmung des § 16 durch Vertrag oder Börsenreglements ist zulässig. Insbesondere können sich die Vertragschliessenden der Bestimmung unterwerfen, dass schon im Falle der Zahlungseinstellung und zur Zeit derselben der Lieferungstermin ohne weiteres verfallen sein solle. O.-L.-G. Köln 20. April 1887, rhein. Arch. Bd. 78 Abt. I. S. 5.

§§ 17, 18.

S. 74 Anm. 1: A. M. O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 14 S. 448 ff.

S. 74 Anm. 3: O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 14 S. 448 ff.

S. 75 Anm. 1: R.-G. (V.) 13. April 1887, Entsch. Bd. XVIII. S. 269 ff., bes. S. 271; O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889 a. a. O.

S. 75 Bem. II. 2: Der im Texte nach Anm. 1 ausgesprochene Satz ist anerkannt durch O.-L.-G. Colmar 3. Juli 1889 a. a. O.

S. 75 Bem. II. 3: Der Konkursverwalter verfügt über die Pacht- und Mietgelder, so lange sie nicht von den Gläubigern in Beschlag genommen sind. Die Einleitung des Subhastationsverfahrens hat eine Beschlagnahme nach dem preussischen Gesetze vom 13. Juli 1883 nicht zur Folge. R.-G. (V.) 13. März 1889, Entsch. Bd. XXIII. S. 54 ff.

§ 21.

S. 81 Bem. I. 3: Wenn dem Gemeinschuldner die Ausbeutung eines Patentes gegen eine fortlaufende Abgabe überlassen war, ist § 21 anwendbar. O.-L.-G. Hamburg 1. Nov. 1888, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. X. S. 30.

S. 81 Bem. I. 3: Ein Recht, welches der Gemeinschuldner selbst gegen seinen Vertragsgenossen nicht geltend machen könnte, ohne den Einwand der Arglist hervorzurufen, kann auch für die Konkursmasse nicht geltend gemacht werden. Wenn z. B. der Gemeinschuldner sich gegen Zahlung einer Abfindungssumme verpflichtet hatte, einen Wechsel an eine aus demselben haftbare Person herauszugeben, so darf der Konkursverwalter nicht diesen Wechsel neuerdings in Umlauf setzen und gegenüber dem Anspruche auf Herausgabe der Wechselurkunde auf § 21 verweisen. Ebenso trifft dieser § nicht zu, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein Hypothekdarlehen aufgenommen und sich dafür verpflichtet hatte, eine bereits heimgezahlte Vorhypothek zur Löschung zu bringen, diese Verpflichtung aber zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht erfüllt hat; der Konkursverwalter darf hier gegenüber dem Antrage auf Löschung sich nicht darauf berufen, dass der Hypothekgläubiger gemäss § 21 nur einen Ersatzanspruch als Konkursforderung geltend machen könne. § 21 setzt voraus, dass die Nichterfüllung der Verbindlichkeit „infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens“, d. h. auf Grund der in der Konkursordnung aufgestellten Rechtssätze eintrete; in den obigen Fällen hat aber der Verwalter kein Recht mehr, die Erfüllung zu verweigern, weil von einer Seite bereits vollständig erfüllt ist. (§ 15.) R.-G. (I.) 5. März 1887, Entsch. Bd. XIX. S. 59 ff.

S. 83 Bem. II. 3: Nur die vor der Konkurseröffnung erfolgte rechtskräftige Auflösung des Vertrages schliesst die Anwendung des § 21 aus; der vor der Konkurseröffnung eingetretene Verzug genügt nicht. R.-G. (II.) 25. März 1887, jur. Wochenschr. 1887, S. 207, 208, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 34 ff.

S. 84 Bem. III. 1: Die in § 15 vorgesehene Aufforderung an den Konkursverwalter ist nicht eine unerlässliche Voraussetzung für die wirksame Geltendmachung des Ersatzanspruches. (§ 21.) Der Verwalter kann vielmehr auch ohne solche Aufforderung das Wahlrecht verlieren, weil er ausdrücklich erklärt, dass er nicht erfüllen wolle, oder weil sein Verhalten diesen Willen erkennen lässt. Auf die Erfüllung der Bedingungen des Art. 343 und 354 H.-G.-B. kommt es hiebei nicht an, weil der Anspruch nicht auf die Thatsache des Verzuges sondern auf die Art der Ausübung des Wahlrechtes gestützt wird. R.-G. (I.) 24. Nov. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 107 ff., bes. S. 109.

S. 84 Bem. III. 3: Statt anderer Entschädigung kann auch die Vertragsstrafe gegenüber der Masse verlangt werden, sofern dieselbe vereinbart wurde, um auf diesem Wege die Höhe des Interesses zu bestimmen. R.-G. (VI.) 8. März 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 5 ff.

S. 86 Bem. IV. a. E.: Durch § 39 wird die Anwendung des § 21 gegenüber demjenigen Resolutionsrechte, welches in der vertragsmässigen Befugnis zur Wiederversteigerung liegt, nicht ausgeschlossen. O.-L.-G. Zweibrücken 11. März 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 69, 70.

§§ 22 ff.

S. 87 Vorbem. 2 a. E.: Die Anfechtungsbefugnis des Konkursverwalters auf Grund anderer Rechtssätze als derjenigen, welche gegen die ungerechtfertigte Benachteiligung der Gläubiger gerichtet sind, z. B. die Möglichkeit der Anfechtung einer Teilung wegen Verletzung des Gemeinschuldners über ein Viertel (Art. 1166 u. 887 ff. C. c.), wird durch die §§ 22 ff. nicht berührt. R.-G. (II.) 25. Jan. 1887, Entsch. Bd. XVII. S. 311, Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 418 ff.

§ 22.

S. 89 Anm. 1: R.-G. (II.) 13. Nov. 1888, Bolze Bd. VI. S. 283.

S. 89 Anm. 2: R.-G. (VI.) 21. Febr. 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 1582.

S. 90 Anm. 1: R.-G. (II.) 4. Nov. 1887, Bolze Bd. V. Nr. 331.

S. 93 Anm. 6: R.-G. (III.) 3. Juli 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 273; R.-G. (VI.) 20. Sept. 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 278 und jur. Wochenschr. 1888 S. 398.

S. 94 Bem. II. 1 Abs. 2: Die Anfechtung ist auch dann zulässig, wenn der veräusserte Gegenstand nicht dem Gemeinschuldner sondern einem Dritten gehörte, weil die Rückgewähr den Konkursverwalter in den Stand setzt, die Sache auszusondern, während ohne Rückgewähr die Masse mit einem Entschädigungsanspruche belastet sein würde und die Gläubiger dadurch ungerechtfertigterweise benachteiligt wären; das Gesetz unterscheidet nicht, ob sich die Rechtshandlung auf eigene Sachen des Schuldners oder auf fremde bezieht. R.-G. (VI.) 11. Juni 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 269.

S. 94 Anm. 1: R.-G. (III.) 5. April 1887 u. 30. Okt. 1888, Bolze Bd. IV. Nr. 364, Entsch. Bd. XXII. S. 44 ff., bes. S. 49, 50.

S. 94 Anm. 2: R.-G. (VI.) 3. Mai 1888 u. (II.) 13. Juli 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 268 und 275.

S. 95 Anm. 2: O.-L.-G. Stuttgart 28. Juni 1888, Württemb. Jahrb. Bd. II. S. 137, 138.

S. 95 nach d. Texte z. Anm. 7: Die Anfechtung ist auch dann zulässig, wenn der veräusserte Gegenstand zum ausländischen Vermögen des Gemeinschuldners gehört. O.-L.-G. Colmar 21. Nov. 1888, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 14 S. 264.

S. 96 Bem. II. 2: Vgl. noch Krasnopolski in Grünhuts Zeitschr. Bd. XVI. S. 51 ff. und Meisner in Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 204 ff., 465 ff.

S. 98, 99 Bem. III. 1: Die Anfechtungsgründe dürfen zwar nicht ganz allgemein als verschiedene Klaggründe angesehen werden. Aber die Anfechtungsklage nach § 25 ist eine andere Klage als die nach § 24 Z. 1, dort Deliktsklage, hier Bereicherungsklage; ebenso ist der Klaggrund des § 23 ein anderer als der des § 24 Z. 1; denn § 23 stellt keine praesumtio doli auf. R.-G. (III.) 19. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 438, Schlesw.-Holst. Anz. 1889 S. 7; vgl. auch R.-G. (VI.) 8. April 1889, Bolze Bd. VII. S. 360.

S. 101 Bem. III. 2 a. E.: Die Anfechtung kann sich auf einen als selbständiger Nebenvertrag anzusehenden Teil des Vertrages beschränken, so dass dieser im übrigen unberührt bleibt. R.-G. (II.) 25. Mai 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 270.

S. 101 a. a. O.: Wenn ein Vertrag nur zum Teile die Gläubiger benachteiligt, weil die veräusserten Gegenstände teilweise so stark mit Pfandrechten belastet waren, dass deren Erlös nicht zur Befriedigung der andern Gläubiger dienen konnte, so unterliegt der Vertrag nur hinsichtlich der nicht belasteten Gegenstände der Anfechtung. R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 272.

S. 101 a. a. O.: Ein Erbteilungsvertrag ist in seinem ganzen Umfange der Anfechtung unterworfen, auch wenn die Gläubiger nur durch einen Teil seiner Bestimmungen benachteiligt worden sind. R.-G. (II.) 13. Juli 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 277.

S. 101 Anm. 2: R.-G. (VI.) 5. Dez. 1887, Entsch. Bd. XX. S. 29 ff.; (V.) 23. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 109; Bolze Bd. VII. Nr. 290.

S. 101 nach d. Texte z. Anm. 3: Wenn auf Grund einer anfechtbaren Hypothekbestellung Vorteile erlangt worden sind, so wird die Anfechtung nicht dadurch gehindert, dass die Hypothek mittlerweile gelöscht worden ist. Bayer. oberstes Landesg. 27. Febr. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 300.

S. 101 nach d. Texte z. Anm. 5: Wurde der Kaufvertrag über ein Anwesen mit Erfolg angefochten, so ist dadurch auch die Überweisung eines Teiles des Kaufschillings an eine dritte Person nebst der zur Sicherung dieses Teiles der Forderung bestellten Hypothek unwirksam und der Antrag auf Löschung dieser Hypothek gerechtfertigt. Bayer. oberstes Landesg. 28. Okt. 1885, Samml. Bd. XI. S. 235.

S. 103 Anm. 1: Das dort angeführte Urteil des R.-G. ist auch in Entsch. Bd. XIX. S. 202 ff. abgedruckt.

S. 103 Bem. IV. 3: Der Konkursverwalter ist zur Anfechtung eines Rechtsgeschäftes und zum Verlangen der Rückgewähr auch gegenüber einer Person berechtigt, welche die veräusserten Papiere nur innehat, ohne Eigentümer derselben zu sein; die Einrede, dass ein anderer Eigentümer sei, daher dem Konkursverwalter die Aktivlegitimation fehle, ist nicht begründet. R.-G. (VI.) 11. Juni 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 289.

S. 103 Bem. IV. 4: Für die auf § 24 Z. 1 gestützte Klage ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung begründet. O.-L.-G. Karlsruhe 28. Jan. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 97.

S. 103 a. a. O.: Für die auf § 23 Z. 2 gestützte Klage ist der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nicht begründet. R.-G. Verein. Civilsen. 28. Juni 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 420 ff.

§ 23.

S. 105 ff., bes. S. 109 Anm. 1: R.-G. Verein. Civilsen. 28. Juni 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 420 ff.; (III.) 19. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 389 ff. u. Schlesw.-Holst. Anz. 1889 S. 7; (I.) 7. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 109, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 383 u. Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 187.

S. 110 Anm. 5: R.-G. (VI.) 15. März 1888, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 281 u. Gruchots Beitr. Bd. 32 S. 1163; (I.) 23. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 171, Bolze Bd. VII. Nr. 1252.

S. 111 nach d. Texte z. Anm. 5: Die Annahme der Zahlungseinstellung durch einen Gesellschafter darf nicht mit Thatsachen begründet werden, welche nur die Gesellschaft selbst betreffen. Die blosse Vermutung, dass auch der Gesellschafter hätte zahlen können, wenn die Forderungen gegen ihn geltend gemacht worden wären, genügt nicht. R.-G. (II.) 5. Febr. 1888, Bolze Bd. V. Nr. 1410.

S. 111 Bem. I. 4 Abs. 2: Es ist die Kenntnis der Zahlungseinstellung selbst, nicht bloss die Kenntnis der Thatsachen erforderlich, aus denen das Gericht nachträglich auf das Vorhandensein der Zahlungseinstellung schliesst; der Umstand, dass die Klage keine Deliktsklage ist, ändert hieran nichts. R.-G. (III.) 14. Mai 1889, Entsch. Bd. XXIII. S. 112 ff.

S. 112 Anm. 1: R.-G. (VI.) 24. Jan. und 2. Juni 1887, 17. Jan. 1889, Seuffert, Arch. Bd. 42 S. 425, Bolze Bd. IV. Nr. 376, jur. Wochenschr. 1889 S. 69.

S. 112 Anm. 6: R.-G. (III.) 5. April 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 1519. A. M. O.-L.-G. Dresden 11. Febr. 1889, Wengler, Arch. N. F. Bd. X. S. 458.

S. 113 Anm. 1: A. M. R.-G. (III.) 5. April 1887, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 40.

S. 114 Bem. II. 2: Ein Gläubiger ist nur dann benachteiligt, wenn er ohne die Rechtshandlung überhaupt oder in höherem Masse Befriedigung erlangt hätte. R.-G. (VI.) 21. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 208.

S. 117 Anm. 3: R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 382, Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 187.

S. 117 Anm. 4: R.-G. (II.) 10. April 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 266.

S. 119 Anm. 6: R.-G. (V.) 27. März 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 304.

S. 121 Anm. 4; R.-G. (V.) 6. März 1886 und (VI.) 24. Febr. 1887, Bolze Bd. II. Nr. 580, Bd. IV. Nr. 366.

S. 121 Text nach Anm. 8: Art. 29 der W.-O. gewährt keinen Anspruch auf eine bestimmte Art von Sicherstellung. R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Bolze Bd. VII. Nr. 293.

S. 121 Anm. 9: R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 379, jur. Wochenschrift 1889 S. 109.

S. 122 Anm. 1: Vgl. noch Mügel in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 61 ff. A. M. R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 109, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 379 ff. u. Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 183 ff.; (III.) 14. Mai 1889, Entsch. Bd. XXIII. S. 112 ff. u. O.-L.-G.

Oldenburg 17. März 1886, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 246, letzteres sogar für den Fall, dass der Konkursverwalter mitgesteigert hatte. Dieser Umstand enthalte deswegen keinen Verzicht auf das Anfechtungsrecht, weil der Verwalter die einmal anberaumte Versteigerung durch seinen Widerspruch nicht hätte hindern können.

§ 24.

S. 124 Bem. I. 1 a. E.: Entgeltliche Verfügungen können nicht nur aus Z. 1 sondern auch aus Z. 2 angefochten werden. R.-G. (II.) 15. Okt. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 433.

S. 125 Anm. 3: R.-G. (VI.) 3. Mai 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 268.

S. 126 Anm. 1: R.-G. (VI.) 10. Nov. 1887, Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 127 ff.; (VI.) 1. Nov. 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 298; (II.) 29. Jan. u. 1. Febr. 1889; (V.) 27. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 109, 110, 209, Entsch. Bd. XXIII. S. 9 ff. bes. S. 13 ff. u. jur. Zeitschr. für E.-L. Bd. 14 S. 289 ff.

S. 126 Anm. 2: R.-G. (IV.) 7. Febr. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 300.

S. 126 Anm. 4: R.-G. (VI.) 10. Nov. 1887, Bolze Bd. V. Nr. 333; (II.) 1. Febr. 1889, jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 14 S. 289 ff.

S. 126 Bem. I. 3a a. E.: Trotz des Bewusstseins schon vorhandener Vermögensunzulänglichkeit kann der Schuldner, welcher bewegliche Sachen veräussert und mit dem Erlöse einzelne Gläubiger befriedigt hat, in redlicher Absicht handeln, z. B. wenn er von der Überzeugung ausgeht, dadurch den Konkurs vermeiden und später alle Gläubiger befriedigen zu können. R.-G. (III.) 23. März 1887, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 40, 41. Die blosse Hoffnung, dass dem Schuldner durch die Veräusserung aufgeholfen werden könne, schliesst aber die Benachteiligungsabsicht nicht aus. R.-G. (V.) 22. Dez. 1888, Bolze Bd. VII. Nr. 284. Die Absicht fehlt, wenn die Vertragschliessenden nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge annehmen mussten, dass die Schädigung nicht eintreten werde. R.-G. (II.) 29. Jan. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 289.

S. 126 a. a. O.: Wenn bei der Hypothekbestellung für eine alte Schuld die Hypothek zugleich auf eine neue erst in diesem Zeitpunkte begründete Schuld ausgedehnt wird, so ist die Hypothekbestellung trotzdem als ein einheitliches Geschäft zu behandeln und dessen Anfechtbarkeit ohne Rücksicht auf den verschiedenen Zeitpunkt der Entstehung der gesicherten Forderungen zu beurteilen. R.-G. (VI.) 2. Juli 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 299 ff. Es genügt zur Feststellung der Benachteiligungsabsicht des Schuldners, dass dieser für den eingetretenen, wenn auch nur eventuell gewollten Fall die Absicht gehabt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. R.-G. (V.) 6. Juli 1889, Rep. V. 79/89.

S. 127 Anm. 3: R.-G. (VI.) 9. Juli 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 271.

S. 127 Anm. 4: Vgl. d. Nachtrag zu S. 112 Anm. 1.

S. 127 Bem. I. 3b.: Wenn die Hypothek zur Erfüllung einer Verpflichtung bestellt wurde, so ist für die Anfechtbarkeit die Zeit der Begründung dieser Pflicht, nicht die Zeit der Hypothekbestellung massgebend. R.-G. (V.) 16. März 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 302.

S. 127 Anm. 5: R.-G. (III.) 23. März 1887, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 40, 41.

S. 128 Anm. 2: R.-G. (II.) 10. Juli 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 95 ff., bes. S. 99; (VI.) 21. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 208. A. M. O.-L.-G. Augsburg 14. Juni 1888, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 169.

S. 128 Anm. 6: R.-G. (III.) 5. April 1887, Bolze Bd. IV. Nr. 364.

S. 128 Bem. I. 4: Bei der Frage, ob eine objektive Benachteiligung vorliegt, kommt es bloss darauf an, ob durch die angefochtene Handlung die Befriedigung des Gläubigers ganz oder teilweise verschlechtert wurde, indem durch dieselbe Gegenstände, aus welchen der Gläubiger hätte durch Zwangsvollstreckung Befriedigung erlangen können, diesem Vermögen entzogen werden, ohne dass sich Entgelt dafür in demselben vorfindet. Auch nach rheinischem Rechte kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger ungeachtet der

anfechtbaren Handlung soviel erhält, als er bei einer gleichmässigen Verteilung des Vermögens (Art. 2093 C. c.) bezw. bei einem Konkursverfahren erhalten haben würde. Der Gläubiger ist durch Art. 2093 nicht verhindert, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung volle Befriedigung zu erlangen bezw. ein Pfändungspfandrecht oder Arrestpfandrecht zu erwerben. Zwischen den Fällen, wenn der angefochtene Vertrag mit einem Gläubiger oder einer andern Person abgeschlossen wurde, besteht in dieser Beziehung kein Unterschied. R.-G. (II.) 1. Nov. 1889 i. S. R. gegen M. u. Schr., Rep. II. 185/89.

S. 131 Anm. 1: R.-G. (VI.) 24. Nov. u. 22. Dez. 1887, 15. März 1888, Bolze Bd. V. Nr. 336, 337, 347, jur. Wochenschr. 1888 S. 167; (III.) 27. März 1888, Entsch. Bd. XX. S. 180 ff.; (II.) 1. Febr. 1889, Entsch. Bd. XXIII. S. 9 ff.; O.-L.-G. München 3. Nov. 1888, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 165 ff., bes. S. 166.

S. 131 Bem. II. 1 Abs. 1: Die dem Gesetze zu Grunde liegende Vermutung ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn der Schuldner zu der Handlung im Prozesswege hätte angehalten werden können. R.-G. (VI.) 13. Jan. 1887, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 51. Guter Glaube des Gemeinschuldners und des Anfechtungsgegners ist ferner nicht ausgeschlossen, wenn beide im Irrtume über die Wirksamkeit der Pfändung waren. R.-G. (II.) 4. Dez. 1888, Bolze Bd. VII. Nr. 280.

S. 133 Anm. 1: R.-G. (II.) 13. Juli und 13. Nov. 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 276, 277, jur. Wochenschr. 1888 S. 383, 1889 S. 20, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 620.

S. 133 Anm. 5 u. 6: R.-G. (III.) 2. Dez. 1887 u. 10. Jan. 1888, Bolze Bd. V. Nr. 343.

S. 133 Bem. II. 2 a. E.: Der Begriff der unentgeltlichen Verfügung ist weiter als der der freigebigen Verfügung; aber eine unentgeltliche Verfügung ist nur dann gegeben, wenn für beide Vertragschliessenden Unentgeltlichkeit vorliegt. Es kommt nicht darauf an, ob die Gegenleistung klagbar ist. Eine Bürgschaft ist dann nicht als unentgeltliche Verfügung anzusehen, wenn dieselbe geleistet wurde, damit von der andern Seite Kredit gewährt werde oder um den eigenen Kredit zu erhalten. R.-G. (I.) 22. Dez. 1888, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. X. S. 115, jur. Wochenschr. 1889 S. 68 u. Bolze Bd. VII. Nr. 282.

§ 25.

S. 136 Bem. I. 2: Vgl. Nachtrag z. S. 133 Bem. II. 2.

§ 26.

S. 143 Bem. 3: Wenn in Gemässheit des § 744 der C.-P.-O. eine Benachrichtigung erfolgt war, ist die Frist vom Tage der Benachrichtigung an zu rechnen. R.-G. (II.) 9. Nov. 1886, Entsch. Bd. XVII. S. 328, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VII. S. 43, 44.

§ 29.

S. 151 Anm. 5: Vgl. noch R.-G. (III.) 16. April 1889, jur. Wochenschr. S. 203, Bolze Bd. VII. Nr. 879. Dort ist weiter bemerkt worden: Der Gläubiger kann hier nicht als Streitgenosse im Sinne des § 66 C.-P.-O. behandelt werden; diese Vorschrift trifft während des Konkurses deshalb nicht zu, weil für diese Zeit ein Anfechtungsanspruch des Gläubigers nicht besteht.

S. 152 Bem. 2 Abs. 2: Im Anfechtungsprozesse ist der Gemeinschuldner nicht Partei, weil der Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger zusteht. R.-G. (III.) 10. Mai 1889, Schlesw.-Holst. Anz. 1889 S. 217. (Vgl. auch Nachtrag zu § 8 ff. S. 47 I. 5.)

S. 152 Bem. 2 Abs. 3: Der Konkursverwalter ist auch dann zur Ausübung des Anfechtungsrechtes befugt, wenn an dem Gegenstande der Rückgewähr ein von ihm anerkanntes Absonderungsrecht geltend gemacht wird. O.-L.-G. Karlsruhe 2. Juni 1886, Seuffert, Arch. Bd. 43 S. 256 und Ann. der bad. Gerichte Bd. 53 S. 146.

§ 30.

S. 154 Bem. 1 a. E.: Weder aus dem Grunde noch aus dem Wortlaute des Gesetzes folgt, dass die Rückgewähr in Fällen des § 25 Z. 2 durch Beendigung des eheherrlichen Verwaltungs- und Nutzungsrechtes bedingt ist. R.-G. (VI.) 14. Okt. 1889, jur. Wochenschrift 1889 S. 433.

S. 154 Anm. 1: R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 109 u. Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 383, Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 188; R.-G. (III.) 18. Jan. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 297, wobei noch bemerkt wird, dass niemals der Umfang der Rückgewähr nach den Grundsätzen über freiwillige Geschäftsführung zu beurteilen sei. Ferner vgl. R.-G. (II.) 15. Nov. 1889, Rep. II. 205/89.

S. 154 nach dem Texte zu Anm. 2: Abgesehen von der besondern Vorschrift des § 30 Abs. 2 kommt es für den Umfang der Rückgewähr darauf nicht an, ob die Anfechtung auf § 23 oder § 24 gestützt wird und ob der Anfechtungsgegner in bösem oder in gutem Glauben war. R.-G. (II.) 15. Nov. 1889, Rep. II. 205/89.

S. 154 Bem. 2: Auf den Umfang der Rückgewähr ist es ohne Einfluss, ob dadurch der Zustand vor der Rechtshandlung wiederhergestellt wird. Es ist daher unerheblich, ob der Anfechtungsbeklagte, wenn der frühere Zustand wiederhergestellt würde, dasjenige zu beanspruchen hätte, was er durch die angefochtene Rechtshandlung erlangt hat. R.-G. (II.) 6. u. 13. Nov. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 374 ff., jur. Zeitschr. f. E.-L. Bd. 14 S. 435 ff.; jur. Wochenschr. 1889 S. 20.

S. 155 Anm. 1: R.-G. (V.) 15. März 1882, Gruchots Beitr. Bd. 27 S. 1064; (III.) 20. April 1883, Entsch. Bd. IX. S. 66 ff., bes. S. 70 ff.

S. 155 nach dem Texte zu Anm. 6: Wenn der Gemeinschuldner an mehrere Personen eine Anzahl von Gegenständen veräussert hat, welche zur Zeit der Rückgewähr nicht mehr in Natur vorhanden sind, so ist in Ansehung der Verpflichtung der einzelnen Käufer zur Rückgewähr das Verhältnis massgebend, in welchem jeder derselben dem Gemeinschuldner gegenüber rechtlich an dem Geschäfte beteiligt war; es muss nicht jeder für das Ganze haften. R.-G. (II.) 15. Nov. 1889, Rep. II. 205/89.

S. 155 Anm. 7: R.-G. (I.) 7. Nov. 1888, jur. Wochenschr. 1889 S. 109, Bolze Bd. VII. Nr. 294.

S. 156 Anm. 3: R.-G. (I.) 7. Nov. 1888 a. a. O.

S. 157 Bem. 2: Die Einbringung von Sachen infolge eines Gesellschaftsvertrages kann von dem benachteiligten Gläubiger gegen die erst später ins Leben gerufene Aktiengesellschaft verfolgt werden. R.-G. (V.) 6. Juli 1889, Rep. V. 79/89.

S. 157 a. a. O.: Derjenige, für welchen ein anderer Zahlung leistet, wird dadurch noch nicht Empfänger einer anfechtbaren Leistung; seinem Vermögen wird erst durch den Verzicht des Zahlenden auf Ersatz etwas zugeführt, denn bis dahin ist es mit der entsprechenden Schuld belastet. R.-G. (VI.) 17. Jan. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 287.

§ 32.

S. 162 nach d. Texte z. Anm. 5: R.-G. (V.) 10. März 1888, Entsch. Bd. XX. S. 157 ff., Schlesw.-Holst. Anz. 1888 S. 377.

§ 33.

S. 167 Anm. 4: R.-G. (VI.) 2. Nov. 1887, Entsch. Bd. XIX. S. 202 ff.

§ 36.

S. 180 Bem. I. 2: Für das Verfolgungsrecht des Absenders ist das inländische Recht jedenfalls insofern massgebend, als ein Inländer das Recht an den Waren in Anspruch nimmt. O.-L.-G. Hamburg 16. Nov. 1888, Hanseat. Gerichtszeit. (Hauptbl.) Bd. X. S. 34.

§ 39.

S. 205 Anm. 5: O.-L.-G. Dresden 14. Juli 1886, Ann. Bd. VIII. S. 62 ff.

§ 40.

S. 207 Bem. I. 2: Die Hinterlegung bei Gericht hat die Wirkung einer Pfandbestellung, welche auch dem § 15 Z. 1 Einf.-Ges. z. K.-O. entspricht. Bayer. oberstes Landesg. 9. Okt. 1888, Samml. Bd. XXII. S. 166 ff., O.-L.-G. Frankfurt 10. April 1888, Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 272 ff. und Frankfurter Rundschau 1888 S. 244 ff.

S. 207 Bem. I. 2: Wenn nach Landesrecht (preuss. Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 7) das Eigentum am hinterlegten Gelde auf den Staat übergeht, so erlangt der Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung des Schuldners auf Rückerstattung des hinterlegten Betrages. O.-L.-G. Frankfurt 10. April 1888 a. a. O.

S. 209 nach d. Texte z. Anm. 2: Papiere, welche nicht selbständig Träger einer Obligation sondern nur Beweismittel sind, namentlich Hypothekenurkunden können für sich allein ohne die Forderung nicht Gegenstand eines Pfandrechtes sein. R.-G. (VI.) 5. März 1888, (V.) 28. Nov. 1888, Entsch. Bd. XX. S. 133 ff., bes. S. 135, Bd. XXII. S. 325 ff., bes. S. 332.

§ 41.

S. 212 Bem. I. 1 a. E.: Vertragsmässig eingeräumte Zurückbehaltungsrechte, welche keine gesetzliche Grundlage im § 41 haben, können im Konkurse nicht mit Wirksamkeit geltend gemacht werden. R.-G. (VI.) 5. März 1888, Entsch. Bd. XX. S. 133 ff., bes. S. 136.

S. 215 Anm. 3: Das hier angeführte Urteil des R.-G. ist auch in Bolze Bd. VI. Nr. 1298 und in Seuffert, Arch. Bd. 44 S. 383 mitgeteilt.

§ 43.

S. 243 Bem. 4 a. E.: Nachlassgläubiger haben zwar das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlasse, sind aber nicht verpflichtet, die Absonderung zu fordern. Wenn über den Nachlass das Konkursverfahren eröffnet wurde und die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten wird, so ist der Konkursverwalter zwar befugt, im Prozesse die Rechtswohlthat geltend zu machen, aber dies hat nicht die Abweisung der Klage zur Folge. Der Konkursverwalter muss die Höhe des Betrages nachweisen, auf welchen die Haftung der Masse beschränkt ist; im Streitfalle ist Urteil nach § 134 herbeizuführen. R.-G. (I.) 15. Juni und 10. Juli 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 344, Reichs-Anz. 1889 Beil. 5 S. 477 ff.

§ 45.

S. 237 Bem. zu § 45 Abs. 2 erster Satz: R.-G. (III.) 1. Juni 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 1302.

§ 54.

S. 273 Bem. 1 a. E.: Im Falle des § 54 Z. 1 kommt es darauf an, dass die Forderung innerhalb der Jahresfrist *entstanden* war. R.-G. (VI.) 10. Jan. 1889, Entsch. Bd. XXII. S. 139 ff., bes. S. 142 ff.

S. 275 Anm. 1: R.-G. (II.) 11. Mai 1888, Entsch. Bd. XXI. S. 46 ff., bes. S. 49, 50, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 239 ff.

S. 276 Bem. IV. 1: Die auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes errichteten Berufsgenossenschaften sind öffentliche Verbände. Ldg. Metz 30. Nov. 1884, Puchelts Zeitschr. Bd. 20 S. 126; R.-G. (VI.) 3. Jan. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 68, Bolze Bd. VII. Nr. 1255.

S. 277 Bem. IV. 2 a. E.: Im Falle des § 54 Z. 3 genügt es, dass die Forderung innerhalb der Jahresfrist fällig geworden ist. R.-G. (VI.) 10. Jan. 1889, Entsch. Bd. XXII. S. 139 ff., bes. S. 142 ff.

S. 280 Anm. 2: O.-L.-G. Dresden 6. Dez. 1887, Ann. Bd. X. S. 140 ff.

S. 280 nach d. Texte z. Anm. 2: Bezüglich der auf die Kinder des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung übergegangenen Einbringensforderung der verstorbenen Ehefrau steht den Kindern das Vorrecht nicht zu, weil die Forderung nicht Konkursforderung ist. O.-L.-G. Dresden 11. Okt. 1888, Wengler, Arch. N. F. Bd. X. S. 205.

S. 280 Anm. 3: Bayer. oberstes Landesg. 18. Sept. 1888, Samml. Bd. XII. S. 140 ff., bes. S. 144, 145.

S. 280 Bem. 1 a. E.: Das Vorzugsrecht der Z. 5 besteht auch für die vor dem 1. Okt. 1879 entstandenen Forderungen. R.-G. (II.) 7. Dez. 1886, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 273.

§ 56.

S. 284 Bem. I.: Ein dem Gläubiger zustehendes Zurückbehaltungsrecht erstreckt sich auch auf die seit der Konkurseröffnung laufenden Zinsen, da § 56 auf die Geltendmachung von Absonderungsrechten keine Anwendung findet. R.-G. (II.) 6. April 1888, jur. Wochenschr. 1888 S. 196.

§ 57.

S. 288 Anm. 3: Das angeführte Urteil des bayer. obersten Landesg. ist auch in Samml. Bd. XII. S. 634 ff. u. Puchelts Zeitschr. Bd. 18 S. 476 ff., bes. S. 492 ff. mitgeteilt. Vgl. ferner R.-G. (I.) 20. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 153 ff., bes. S. 154.

S. 288 Anm. 6: R.-G. (V.) 18. Febr. 1886, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VI. S. 139; (I.) 2. Febr. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 1262.

S. 289 Bem. 1 a. E.: Der Gläubiger muss sich auch nach Abschluss eines Zwangsvergleiches zunächst an das Pfand halten und kann sich nicht auf ein Abkommen des Gemeinschuldners berufen, welches ihn verpflichte, das Pfandrecht nur für den Ausfall bezw. erst dann geltend zu machen, wenn er vergeblich versucht habe, anderweitig Befriedigung von dem Schuldner zu erlangen; ebensowenig ist ein Abkommen des Inhaltes zu beachten, dass der Gläubiger unbedingt befugt sei, zwischen der Befriedigung aus dem Pfande und sonstiger Befriedigung zu wählen. R.-G. (V.) 21. Jan. 1882, (I.) 2. Febr. 1889, jur. Wochenschr. 1882 S. 91, 1889 S. 232.

S. 289 a. a. O.: An dieser Bedeutung des Pfandrechtes wird auch dadurch nichts geändert, dass die zur Sicherung verpfändete Forderung später fällig wird als die gesicherte Forderung. R.-G. (I.) 2. Febr. 1889 a. a. O.

§ 60.

S. 293 Bem. 1 a. E.: Die Ersatzforderung der Ehefrau fällt unter § 60 der K.-O. Die Ehefrau kann daher während bestehender Gütergemeinschaft die Hinterlegung des auf ihre bedingte Forderung fallenden Anteiles verlangen. Dem Art. 1444 C. c. ist genügt, wenn die Ehefrau ihre Ersatzforderung — sei es vor oder nach dem Gütertrennungsbeschlusse — zur Masse angemeldet hat. Ldg. Metz 25. Okt. 1887, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 337.

§ 70.

S. 320 Bem. I. 1: Die vom Konkursgerichte ausgehende Ernennung eines Verwalters wirkt bis zum thatsächlichen Eintritte eines andern Verwalters fort. Weder in

der Wahl noch in der Ernennung eines andern Konkursverwalters liegt an sich die Enthebung des bisherigen Verwalters; diese vollzieht sich vielmehr erst mit der Annahme der Ernennung seitens eines andern Verwalters. O.-L.-G. Dresden 29. Juni 1887, Ann. Bd. X. S. 331 ff.

§ 74.

S. 327 Bem. 2 a. E.: Die Klage eines Konkursgläubigers gegen den Verwalter wegen nachlässiger Geschäftsführung ist auch nach Beendigung des Konkursverfahrens unzulässig, wenn der Gläubiger nicht im Schlusstermine gegen die Schlussrechnung Einwendungen erhoben hat. Ldg. Freiburg 21. Febr. 1889, bad. Ann. Bd. 55 S. 55.

§ 75.

S. 328 Anm. 1: Vgl. noch O.-L.-G. Dresden 14. Mai 1888, Ann. Bd. X. S. 333 ff.

§ 81.

S. 346 Anm. 3: R.-G. (I.) 28. Jan. 1888, Entsch. Bd. XX. S. 108 ff.

§ 107.

S. 392 Bem. 1: Dem Gemeinschuldner gehörige Grundstücke fallen von selbst in die Masse, ohne dass es hiezu einer Rechtshandlung des Konkursverwalters oder der Besitzergreifung bedarf. Ldg. Hamburg 9. Mai 1888, Hanseat. Gerichtszeit. Bd. X. S. 49, 50.

§§ 116, 117.

S. 407 Anm. 2: O.-L.-G. Hamburg 16. Mai 1888, Hanseat. Gerichtszeit. (Beibl.) Bd. X. S. 20 ff.

§§ 121 ff.

S. 424 Bem. IV. Abs. 2: Die Anwendung des § 123 Abs. 2, welcher sich nur auf Fälle der §§ 121, 122 bezieht, setzt voraus, dass die in Frage stehende Rechtshandlung noch nicht vorgenommen ist und dass deren Vornahme von der freien Entschliessung der Gläubigerversammlung abhängt; die Vornahme liegt schon im Vertragsabschlusse. O.-L.-G. Dresden 14. Mai 1888, Ann. Bd. X. S. 333 ff.

§§ 126 ff.

S. 429 Bem. I. 2 a. E.: Das Versprechen, eine Forderung nicht anmelden zu wollen, hindert die Anmeldung nicht. R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 215 ff.

§§ 129 ff.

S. 435 Anm. 1: R.-G. (I.) 20. Okt. 1888, Entsch. Bd. XXII. S. 155.

S. 442 Anm. 3: Das Urteil des R.-G. (II.) vom 13. Jan. 1888 steht auch in Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 23 ff.

S. 443 Bem. II. 1 Abs. 3: Wenn der Konkursverwalter im Prüfungstermine eine Forderung bestritten hat, aber nachträglich dieselbe anerkennt, so wirkt der Eintrag der Zurücknahme des Widerspruches auch dann gegenüber dem Gemeinschuldner, wenn dieser

nicht nochmals gehört wurde; es muss genügen, dass derselbe im Prüfungstermine Gelegenheit hatte, Widerspruch zu erheben. Hat er sein Recht damals nicht ausgeübt, so darf er sich später nicht darauf berufen, dass er angesichts des vom Verwalter erhobenen Widerspruches keine Veranlassung gehabt habe, selbst zu widersprechen; denn das Widerspruchsrecht des Gemeinschuldners steht diesem selbständig zu. Dass er in dieser Beziehung nicht durch den Konkursverwalter vertreten wird, ergiebt sich auch daraus, dass der Widerspruch des letztern für die Verteilungen im Konkursverfahren, der Widerspruch des Gemeinschuldners aber erst für die Zeit nach Beendigung des Konkurses wirkt. A. M. R.-G. (I.) 20. Okt. 1888, Bolze Bd. VI. Nr. 1304.

S. 445 Bem. II. 2: Die im vorletzten Satze ausgesprochene Ansicht teilt auch R.-G. (I.) 23. März 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 979.

S. 445 nach d. Texte z. Anm. 5: Aus § 132 Abs. 2 folgt nicht, dass, wenn zur Zeit ein Prozess gegen den Gemeinschuldner noch nicht anhängig ist, der Prozess nicht anhängig gemacht werden dürfte. Das Interesse ergiebt sich aus der Bestreitung einerseits und aus § 152 Abs. 2 andererseits. R.-G. (I.) 23. März 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 207, 208.

§ 134.

S. 448 Bem. I. 1 a. E.: Es ist unzulässig, dass die Konkursgläubiger dem Konkursverwalter die Durchführung des Widerspruches gegen die von einem Gläubiger angemeldete, von dem Verwalter selbst aber anerkannte Forderung auf Kosten der Masse übertragen. Ldg. Metz 17. April 1888, Puchelts Zeitschr. Bd. 19 S. 695.

S. 458 Bem. IV. 1 a. E.: Ausländische Urteile fallen nicht unter den Begriff „Endurteil“ im Sinne des § 134 Abs. 6. (Vgl. §§ 660, 661 C.-P.-O.) So: Borchardt in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 612 ff.

§ 136.

S. 462 Anm. 2: Das hier angeführte Urteil des bayer. obersten Landesg. ist auch mitgeteilt in Samml. Bd. XII. S. 627.

§§ 149 ff.

S. 483 Anm. 2: Dasselbe Urteil ist auch mitgeteilt in jur. Wochenschr. 1888 S. 288.

§ 153.

S. 489 Bem. I. Abs. 2: Das Recht auf Nachtragsverteilung berührt nicht die Gültigkeit von Rechtsveränderungen, welche bezüglich des nachträglich ermittelten Gegenstandes seit Beendigung des Konkursverfahrens eingetreten sind; die §§ 6, 11 und 12 wirken nur für die Dauer des Konkursverfahrens.

§ 160.

S. 502 Bem. 2: Der Absonderungsberechtigte unterliegt hinsichtlich des Ausfalles den Wirkungen des Zwangsvergleiches. R.-G. (IV.) 18. Febr. 1889, Entsch. Bd. XXIII. S. 43 ff.

§ 168.

S. 513 Bem. 1 Abs. 2: Wenn der Gläubiger auf die Geltendmachung seiner Forderung im Konkurse gegen das Versprechen des Schuldners, ihn später ganz befriedigen zu

wollen, verzichtet, so verschafft er sich damit nicht eine Bevorzugung; § 168 trifft deshalb nicht zu. R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 215 ff., Bolze Bd. VII. Nr. 1254.

§§ 178 ff.

S. 533 Bem. I. 1 Abs. 1: Das O.-L.-G. Nürnberg hat ausgesprochen, dass nach Erfüllung des Zwangsvergleiches hinsichtlich des ungedeckten Teiles der Forderung eine natürliche Verbindlichkeit nicht zurückbleibe. Urt. v. 4. April 1889, Bl. f. Rechtsanw. Erg.-Bd. VIII. S. 175.

S. 534 Anm. 5: Das hier angeführte Urteil ist auch bei Bolze Bd. VII. Nr. 1257 mitgeteilt.

S. 535 Bem. I. 2 Abs. 2: Der Zwangsvergleich erstreckt seine Wirkung auch auf solche Forderungen, auf deren Geltendmachung im Konkurse der Gläubiger ausdrücklich verzichtet hat. R.-G. (I.) 5. Jan. 1889, Reichs-Anz. 1889 Beil. 3 S. 215 ff.

S. 535 Anm. 4: Das Urteil vom 1. Dez. 1888 findet sich auch bei Bolze Bd. VII. Nr. 1253; das Urteil vom 21. Juni 1889 ist auch in Entsch. Bd. XXIII. S. 119 ff. mitgeteilt.

§§ 209 ff.

S. 597, 598 Bem. II. 5: Vgl. R.-G. (II. Strafsen.) 8. Okt. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 422.

Nachtrag

zum

Einführungsgesetze zur Konkursordnung.

§ 4.

S. 626 Anm. 1: Vgl. noch Oster in den bad. Ann. Bd. 55 S. 268 ff.

Nachträge

zum

Anfechtungsgesetze.

Einleitung.

S. 642 Anm. 1: A. M. R.-G. (II.) 8. März 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 301.

§ 1.

S. 647 Anm. 1: Das dort angeführte Urteil ist auch in Entsch. Bd. XXIII. S. 5 ff. mitgeteilt; dieses Urteil spricht auch den Satz aus, dass die Nichtbeachtung des § 9 von Amts wegen berücksichtigt werden müsse. Vgl. Bem. III. 1 zu § 1 S. 647 oben.

S. 647 Bem. III. 1 a. E.: Die im Texte ausgesprochene Ansicht teilt R.-G. (IV.) 7. Okt. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 434.

§ 2.

S. 652 Anm. 7: Vgl. noch R.-G. (V.) 22. Dez. 1888, Bolze Bd. VII. Nr. 283.

S. 654 Anm. 9: Vgl. auch R.-G. (IV.) 7. Febr. 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 299, wonach der Anfechtungsgegner den Beweis der veränderten Vermögenslage, nicht der Gläubiger den der unveränderten Verhältnisse zu erbringen hat.

S. 655 nach dem Texte zu Anm. 3: Es genügt auch hier (vgl. Bem. II. 3 zu § 2 S. 652), wenn der fragliche Vermögenszustand zur Zeit der Verurteilung des Anfechtungsgegners besteht. R.-G. (VI.) 18. März 1889, Bolze Bd. VII. Nr. 303.

§ 5.

S. 665 Bem. 5: Zum ersten Satze vgl. R.-G. (VI.) 29. Dez. 1888, Bolze Bd. VII. Nr. 940.

§ 7.

S. 668 Bem. III. 1 Abs. 2: Vgl. hiezu R.-G. (VI.) 7. und 10. Okt. 1889, jur. Wochenschr. 1889 S. 433 und 434.

Sachregister.

Die fetten arabischen Zahlen verweisen auf die §§, römische und gewöhnliche arabische Zahlen auf die Bemerkungen. — Die §§ der Konkursordnung sind ohne Beisatz aufgeführt; die Beisätze A.-G. bezw. E.-G. bedeuten, dass ein § des Anfechtungsgesetzes bezw. des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung gemeint ist. Der Beisatz N. verweist auf den Nachtrag. S. bedeutet die Seitenzahl; Vorb. ist gleich Vorbemerkung.

A.

Abgaben, öffentliche.
Absonderungsrecht **41,** II. 1.
A. als Massekosten **51,** II. 2.
Vorrecht **54,** III. 1—3, IV.
Abschätzung der Massegegenstände **110, 121** ff., II. 2.
Abschlagsverteilung 146 ff. (s. auch Verteilung).
Absonderungsrecht 3, 39 ff., **57.**
Abgaben, öffentliche **41,** II. 1.
Abtretung von Forderungen an Ausländer **42,** 1 u. 2.
Allgemeine Grundsätze **3,** I.; **39,** Vorb. 1—5.
Anfechtungsrecht **23,** II. 2 S. 115, 116; **29,** 2 a. E.; A.-G. **1,** I. 3; **2,** II. 1; **7,** III. 2.
Anmeldung **3,** II. 4.
Ansprüche, die A. gewähren **3,** I.; **39** ff.
Anzeigepflicht **108** ff., 2; **110.**
Arbeiter **41,** II. 5c.
Arrest **41,** II. 7 S. 228.
Ausfallsforderung **3,** II. 4; **57,** 1 und 2 mit N.; **139** ff., II. 3.
Ausübung **3,** II. 3.
Befriedigung **3** S. 25 N.; **57,** 1 und N.
Berücksichtigung bei der Verteilung **139** ff., II. 3.
Erwerb nach Konkurseröffnung **12,** 1—3.
Erwerb nach Erlass des Veräusserungsverbotes **98,** 2.
Faustpfandrecht **40,** II. 1 u. 2 mit N.; E.-G. **14** ff.
Familienfideikommiss **45** und N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Gastwirte **41,** II. 5b.
Gemeinschaft **44.**
Gesetzliche Pfandrechte **41,** I. 1—3.
Handwerker **41,** II. 5c.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., IV.
Hinterlegung **40,** I. 2 und N.
Innungskassen **39** ff., Vorbem. 2 S. 203.
Kaufmännisches Pfand- und Zurückbehaltungsrecht **41,** II. 6.
Kosten **50,** 3.
Krankenkassen **39** ff., Vorb. 2 S. 203.
Künstler **41,** II. 5c.
Lehen **45** und N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Mehrheit der Schuldner **61,** I. 3.
Miteigentum **44.**
Nachlass **43** und N.
Pächter **41,** II. 3.
Pfandbriefe E.-G. **14** ff., 4.
Pfändungspfandrecht **41,** II. 7.
Rangordnung **40,** III. 3; **41,** I. 3.
Stammgut **45** u. N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Umfang **40,** III.
Unbewegliche Sachen **39,** 1—3.
Vermieter **41,** II. 4.

Verpächter **41,** II. 2.
Verpflichtungen der Absonderungsberechtigten **108** ff., 2.
Verwalter **3,** III.; **116, 117.**
Verwendungen **41,** II. 5d.
Verzicht **3,** II. 4; **57,** 1 und 2.
Werkmeister **41,** II. 5c.
Zwangsvergleich **160,** 2; **178** ff., I. 2.
Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung **116, 117.**

Abstimmung in der Gläubigerversammlung **85** ff., III.; beim Zwangsvergleiche **165** ff., 3; **169.**

Aktiengesellschaft.
Bestrafung der Vorstandsmitglieder **214.**
Gemeinschuldner **193** ff., 4.
Voraussetzungen der Konkurseröffnung **193** ff., 1—3.
Zwangsvergleich **193** ff., 4 S. 558.

Alimentationspflicht 1, IV.

Amtsgericht als Konkursgericht s. Konkursgericht.

Anfechtung ausserhalb des Konkurses.[1])
Absonderungsberechtigte **1,** I. 3; **2,** II. 1; **7,** III. 2.
Bedingte und betagte Forderung **2,** II. 2.
Einrede **1,** III. 1; **5,** 4.
Einwendungen **2,** IV.
Erfolglosigkeit der Vollstreckung **2,** III.
Feststellungsklagen **1,** III. 1 u. N.; **9.**
Fristen **3,** II.
Fristerstreckung **4.**
Geldforderung **2,** II. 1.
Gegenansprüche **8.**
Gründe **3,** I.
Herrschaftszeit **14.**
Klagantrag **9.**
Konkurseröffnung, Einfluss **13.**
Mehrheit v. Anfechtungsberechtigten **7,** III.
Mitteilung **4.**
Rechtliche Natur **1,** II. 1.
Rechtshandlung **1,** I.
Rechtsnachfolge **11.**
Replik **1,** III. 1; **5,** 4.
Rückgewähr, Einleitung II. **7, 8.**
Statutenkollision **1,** I. 5.
Subjekt des Anspruches **2,** II. 1.
Verjährung **12.**
Vermögensunzulänglichkeit **2,** III.
Vollstreckbarer Titel **2,** II. 3; **5** u. **6.**
Vorläufige Vollstreckbarkeit **10.**
Voraussetzungen, allgemeine **1,** I.
Vorbehalt **10.**
Widerklage **1,** III. 1; **5,** 4.
Wirkung **1,** II. 2; **7.**
Zahlung fälliger Schulden **3,** I.
Zahlungsunfähigkeit **2,** III.
Zweck **1,** I. 4; **2,** I.

Anfechtung im Konkurse 22 ff.
Absicht **23,** III. 1; **24,** I. 3 und N.
Allgemeines **22** ff., Vorb. 1—4; **22,** I.—IV.; **23,** I.
Arrest **23,** II. 3 S. 117; **28,** 3.
Befriedigung **23,** II. 3 u. III. 2 S. 121.
Begünstigung **23,** III. 1 u. 2 mit N.
Benachteiligung **23,** II. 2 u. 3 mit N.; **24,** I. 4 u. II. 1 mit N.
Beweis der Absicht und Kenntnis **23,** I. 4 S. 113 u. N.; **24,** I. 3c S. 127.
Deliktstheorie **22,** III. 1; **23,** I. 2 u. N.; **24,** I. 1.
Entgeltliche Verträge **24,** II. 2 u. N.
Entschädigungsanspruch **31,** 2.
Erlöschen **22** ff., Vorb. 4; **34,** 2.
Erstattung der Gegenleistung **31** ff., 1.
Fristberechnung **22** ff., Vorb. 3; **24,** II. 1 S. 132; **26,** 3 u. N.
Gegenleistung **31** ff., 1.
Gelegenheitsgeschenke **25,** I. 2 S. 138 u. II. 1 S. 139.
Geltendmachung **22,** IV.; **29,** 1 u. 2.
Gemischte Geschäfte **25,** I. 2 S. 137.
Gerichtsstand **22,** IV. 4 u. N.; **24,** I. 1.
Gründe **22,** II. u. N.; **23**—**25.**
Heiratsgut **25,** II. 2.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., II.
Kenntnis **23,** I. 4 u. N.; **24,** I. 3 u. II. 1.
Klagänderung **22,** III. 1 N.
Leibrentenvertrag **25,** I. 5.
Nichtige Rechtshandlung **22,** I. 1 S. 89 u. N.
Pfändung **23,** II. 3 S. 117.
Rechtliche Natur **22,** II. 1.
Rechtsgeschäft **23,** II. 1.
Rechtshandlung **22,** I. 1—3; **24,** I. 2.
Rechtsnachfolge **25,** II. 3; **33** u. N.
Rückgewähr als anfechtbare Handlung **25,** II. 2 u. 3; A. G. **13,** III.; Subjekt

[1]) Die unter diesem Schlagworte stehenden Verweisungen beziehen sich alle auf das Anfechtungsgesetz.

der Verpflichtung **30,** 2 S. 157 u. N.; Umfang **30,** 2 u. 3 mit N.
Scheingeschäft **22,** I. 1 S. 90.
Schuldtitel **28,** 2.
Sicherung **23,** II. 3 u. III. 2 mit N.; **25,** II. 2 u. 3; E.-G. **3,** I. 1 lit. f.
Statutenkollision **22,** II. 2 u. N.
Stille Gesellschaft E.-G. **3,** I. 2.
Unentgeltliche Verfügung **25,** I. 2, II. 1 u. N.
Unterlassung **22,** I. 2 u. 3; **30,** 2 S. 156.
Unwirksamkeit gegen Dritte **22,** II. 3.
Urteilshypothek **23,** II. 3 S. 117.
Veräusserung fremder Sachen **22,** II. 1 N.
Verjährung **34,** 1 u. 2.
Versicherungsvertrag **25,** I. 5.
Versteigerungserlös **23,** III. 2 S. 122.
Verwandtschaft **24,** II. 3.
Verzichte **22,** I. 4; **25,** I. 2 S. 137.
Vollstreckbarkeit des Schuldtitels **28.**
Wechselverpflichtung **23,** II. 2 S. 115.
Wechselzahlung **27,** I. u. II.
Wiederaufleben der Forderung **31** ff., 3.
Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 2.
Wirkung **22,** III. 2 u. 3 mit N.; **30—32.**
Zahlung **23,** III. 2; **24,** I. 5.
Zahlungseinstellung, Begriff **23,** I. 3 u. N.; Zeitpunkt **26,** 1—3.
Zeitpunkt der Rechtshandlung **22,** I. 5.
Zurückbehaltungsrecht **23,** III. 2 S. 122.
Zwangsvergleich **178** ff., I. 1.
Zwangsvollstreckung **28,** 1 u. 3.
Anlegung von Geldern durch den Verwalter **118** ff., III.
Anmeldung der Konkursforderungen **126** ff. u. N.
Aufrechnung **46,** 1.
Eintragung **126** ff., III. 1.
Form **126** ff., II. 1.
Frist **126** ff., I.
Inhalt **126** ff., II. 2.
Mängel **126** ff., II. 2.
Niederlegung **126** ff., III. 2.
Vorrecht **126** ff., II. 2.
Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 4.
Wirkung **126** ff., II. 2 u. 3; E.-G. **3,** III. 2.
Zurücknahme **126** ff., II. 4.
Antrag auf Konkurseröffnung s. Eröffnungsantrag.
Anweisung auf d. Hinterlegungsstelle **154** ff., I.
Anzeigepflicht über den Besitz von Massegegenständen **109,** 2 u. 3.
bez. des ehelichen Güterrechtes **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II. 2.
Armenrecht s. Eröffnungsantrag und Konkursverwalter.
Arrest. Absonderungsrecht **41,** II. 7 S. 228.
Anfechtung s. dort.
Offener A. **102, 103** ff., 2; **108.**
Unzulässigkeit **11.**
Aufhebung des Konkursverfahrens 149 ff., III.; **175** ff., 1 u. 3.
Aufhebung von Landesgesetzen 35, 2; **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., I. u. N.
Aufhebung von Reichsgesetzen 209 ff., Vorb. II.; E.-G. **3,** II.
Aufrechterhaltung von Landesgesetzen **39, 45, 209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II.
von Reichsgesetzen E.-G. **3,** I.
Aufnahme von Prozessen s. Feststellung und Prozesse des Gemeinschuldners.
Aufrechnung 46 ff.
Anmeldung **46,** 1.
Bedingte Forderungen **47,** I. u. III.
Betagte Forderungen **47,** I. u. II.
Condictio indebiti **46** ff., Vorb. 3.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., III.
Konkursverwalter **46** ff., Vorb. 5.
Mehrheit der Forderungen **46,** 2.
Nicht festgestellte Forderungen **47,** V.
Statutenkollision **46** ff., Vorb. 2.
Ungleichartige Forderungen **47,** IV.
Unzulässigkeit **48.**
Veräusserung an im Auslande wohnhafte Schuldner **49.**
Verzicht **46** ff., Vorb. 4.
Voraussetzungen **46** ff., Vorb. 1 u. 3.
Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 2.
Zwangsvergleich **178** ff., I. 2.
Aufwand 209 ff., III. 2 S. 602.
Auseinandersetzung 14.
Ausland: Absonderungsrechte **42,** 1 u. 2.
Aufrechnung **49.**
Konkurseröffnung **207** ff., I. u. II.
Ausländer als Konkursgläubiger **4,** 1 u. 2.
Aussonderungsrecht 35 ff.
Allgemeines, Vorb. 1—4.
Anfechtungsrecht **23,** II. 2 S. 115, 116; **29,** 2 a. E.; **35,** 1.
Aufgehobene Bestimmungen **35,** 2.

Beweislast der Ehefrau **37**, 2.
Ehefrau des Gemeinschuldners **37**.
Entschädigung statt der Sache selbst **38**, 2.
Gegenleistung **38**, 1—3; bei Nichterfüllung **21**, II.
Gegenstand des A. **35**, 3; **37**, 1; **38**, 3.
Gründe der A. **35**, 1.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I.
Inkassogiro **35**, 5.
Kommissionär **35**, 4; **36**, I.—III.; **38**, 3 S. 199.
Rückforderungsrecht des Verkäufers **36** u. N.

B.

Bankerutt, betrüglicher **209** ff., II.; **212**, 4. (Vgl. Strafbestimmungen.)
Bankerutt, einfacher **209** ff., III. (Vgl. Strafbestimmungen.)
Beihilfe **209** ff., III. 1 a. E.
Verschulden **209** ff., III. 1 u. 3.
Vorsatz **209** ff., III. 1.
Bedingte Forderungen.
Absonderung **39** ff., Vorb. 5.
Auflösende Bedingung **59**.
Aufrechnung **47**, I. u. III.
Aufschiebende Bedingung **60**, **139** ff., II. 3.
Beteiligung **59**, **60**, 1—4.
Bürgen **60**, 4.
Mitschuldner **60**, 4.
Sicherstellung **60**, 1—3 u. N.
Begünstigung eines Gläubigers.
Anfechtung **23**, III.
Strafbarkeit **211**.
Zwangsvergleich **168** u. N.
Beiseiteschaffen **209** ff., II. 2; **212**, 2.
Bekanntmachung
Arrest, offener **103** ff., 1 u. 2.
Aufhebung des Verfahrens **149** ff., III. 2.
Einstellungsantrag **188** ff., 2.
Einstellungsbeschluss **191**.
Ernennung des Verwalters **70** ff., II. 1.
Eröffnungsbeschluss **103** ff., 1 u. 2.
Form **68**, **103** ff.
der Gläubigerversammlung **85** ff., I. 2.
Schlusstermin **149** ff., II.
Veräusserungsverbot **98**, 2.
Verteilung **139** ff., 1.
Wiederaufnahme d. Konkurses **183** ff., II. 1.
Wirkung **68** ff., 1 a. E.
Beschlagnahme **5**, I. 1.
Beschwerde **66**.
Ablehnung des Vergleichsvorschlages **162**, 4; **163** ff., 1.
Anordnung von Sicherheitsmassregeln **183** ff., I. 1.
Auferlegung der Sicherheitsleistung **70** ff., II. 4 S. 325.
Auslagen und Gebühren des Konkursverwalters **77**, 4.
Bestätigung des Zwangsvergleiches **170** ff., III.
Einfache Beschwerde **66**, III. 3.
Entlassung des Verwalters **76**, I. 3.
Ernennung des Verwalters **70** ff., I. 2.
Eröffnungsbeschluss **101**, 1—3.
Gläubigerversammlung **85** ff., I. 1.
Ordnungsstrafen **76**, I. 2.
Sofortige Beschwerde **66**, III. 1 u. 4.
Unzulässigkeit **66**, III. 2.
Versagung der Bestätigung des Verwalters **70** ff., I. 2.
Wiederaufnahmebeschluss **183** ff., II. 1 a. E.
Besitz des Faustpfandgläubigers E.-G. **14** ff., 2.
des Gastwirtes **41**, 5b.
des Vermieters und Verpächters **41**, 2d.
des Verwalters **107** ff., 1 u. N.; **108** ff., 1.
Betagte Forderungen.
Absonderungsrecht **39** ff., Vorb. 5.
Aufrechnung **47**, I. u. II.
Beteiligung **58**, 1.
Zinsen **58**, 2.
Beteiligte. Offenlegung der Tabelle **126** ff., III. 2.
Prüfungsverfahren **129** ff., I. 2.
Betrug, Bankerutt, betrüglicher **209** ff., II.
Zwangsvergleich **182**.
Bevorrechtigte Forderungen s. Vorrecht.
Bilanz **112** ff.; **209** ff., II. 4 u. III. 4; **214**, 2.
Börsenspiel **209** ff., III. 2 S. 603.
Briefgeheimnis **111**, 4 u. 5.
Bürge s. bedingte Forderung, Konkursforderung, Mitschuldner.
Bundesrat **4**, 2.

C.

Cessio bonorum E.-G. **4** ff., 2.
Cession s. Ausland.
Civilprozessordnung entsprechende Anwendung **65**, 1—3.

D.

Dienstbehörde des Gemeinschuldners **104.**
Dienste persönlicher Art **15,** I. 1 S. 60; **19,** 2; **54,** II. 2.
Dienstlohn, Massekosten **51,** II. 2.
Vorrecht **54,** II. 1—3.
Dienstverhältnis zum Gemeinschuldner.
Kündigung **19.**
Vorrecht **54,** 2.
Differenzhandel 209 ff., III. 2 S. 603.

E.

Ehefrau, Aussonderungsrecht **37.**
Niessbrauch **1,** IV.
Vorrecht E.-G. **9** ff., IV. 3.
Ehegatten, Absonderungsrecht **44,** 2 S. 234.
Anfechtung **24,** II.; **25,** II.
Anzeigepflicht bez. des Güterrechtes **209**ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II. 2.
Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft **14.**
Eid s. Offenbarungseid und Parteieid.
Eingetragene Genossenschaften.
Bayern E.-G. **6.**
Einstellung des Verfahrens **188** ff., Vorb. S. 548.
Liquidatoren **214.**
Neues Recht S. 558 ff.
Verjährung E.-G. **3,** III. 2.
Vorstand **214.**
Zwangsvergleich **162,** 1.
Einstellung des Konkursverfahrens 188 ff.
Antrag **188** ff., 1.
Bekanntmachung **188** ff., 2; **191.**
Eingetr. Genossenschaft **188** ff., Vorb. S. 548.
Ermittelungen **188** ff., 2.
Geringfügige Masse **190.**
Kosten **188** ff., 2 a. E.
Niederlegung bei Gericht **188** ff., 2.
Wirkung **188** ff., 3; **192.**
Zwangsvergleichsverfahren **188**ff., 1 S. 550.
Einwendungen betr.: Abschlagsverteilung **146** ff., 2.
Anfechtungsrecht A.-G. **2,** IV.
Festgestellte Forderungen **149** ff., IV. 4; **129** ff., II. 1 S. 444.
Schlussverzeichnis **149** ff., II. 1.
Vollstreckungsklausel **149** ff., IV. 4.
Entscheidungen. Abänderlichkeit **66,** III. 5.
Arten **65,** 2.
Beschwerde s. dort.
Grundlage **66,** I.
Rechtskraft **65,** 2 S. 309.
Rechtsmittel **65,** 2 S. 309; **66,** III.
Verkündung **66,** II. 1.
Zustellung **66,** II.
Entschädigung wegen Nichterfüllung s. Erfüllung.
Entsiegelung 112 ff., III. 1.
Erben des Gemeinschuldners s. Nachlasskonkurs.
Erbschaften.
Absonderungsrecht **43.**
Antretung **1,** III. 3.
Entsagung **1,** III. 3 S. 11; **22,** I. 4 S. 93 u. N.; **30,** 2 S. 156.
Genehmigung des Gläubigerausschusses **121** ff., III. 2a.
Nachlasskonkurs **202** ff.
Zugehörigkeit zur Masse s. Konkursmasse.
Erdichtung von Forderungen **209** ff., II. 3; **212,** 3.
Erfüllung von Rechtsgeschäften 15 ff. u. N.
Aktienzeichnung **15,** I. 2 S. 61.
Dienste **19.**
Entschädigung wegen Nichterfüllung **21,** I. u. III. mit N.
Fixgeschäfte **16** u. N.
Genehmigung **121** ff., II. 3.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I.
Miete und Pacht vor erfolgter Übergabe **17** ff., I. u. III.; nach Übergabe **17** ff., I. u. II.
Nichterfüllung **15,** I. 3 u. 5.
Resolutionsrecht **21,** IV. 2.
Rückgabe der Leistung **21,** II.
Vertragsstrafen **21,** III. 3 N.
Vorbehalt für Reichs- u. Landesgesetze **20.**
Wahlrecht des Verwalters **15** ff., Vorb. 2 N.; **15,** I. 1, 4 u. 5, II.
Werkmeister **21,** IV. 1.
Zweiseitige Verträge **15,** I. 2.
Ermittelungen durch das Gericht **67, 95** ff., III. 3 u. 4; **188** ff., 2 S. 551.
Eröffnung des Konkursverfahrens 94 ff.
Anordnungen, vorläufige **98**; gleichzeitige **102.**
Antrag s. Eröffnungsantrag.
Aufhebung **103** ff., 4.
Ausland **207** ff., I. u. II.

Bekanntmachung **103** ff., 1 u. 2.
Beschwerde **101.**
Verkündung **100,** 1.
Voraussetzungen **94,** I. u. II.; **95** ff., I. bis III.
Wirkungen **5** ff., **13,** 1.
Zeitangabe **100,** 1—3.
Zeitpunkt **100,** 1; E.-G. **8.**
Zweigniederlassung **207** ff., III.
Eröffnungsantrag.
Anfechtung **23,** I. 3.
Armenrecht **95** ff., I. 2.
Aufrechnung **48,** IV.
Gebührenvorschuss **95** ff., I. 2.
Gemeinschuldner **95** ff., II.
Gläubiger **95** ff., III.
Zurücknahme **95** ff., I.
Zurückweisung **95** ff., II. 3 u. 4, III. 3; **99, 98,** 3 Abs. 4.
Erwerb des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung **6.**

F.

Familienfideikommisse 45 u. N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Faustpfandrecht 40, II. 1 u. 2 mit N.; E.-G. **14** ff.
Feststellung der Konkursforderungen.
Anträge **134,** III. 1.
Aufnahme anhängiger Prozesse **134,** II.
Bestreitungsgründe **129** ff., I. 2.
Einwendungen gegen festgestellte Forderungen **129** ff., II. 1 S. 444; **149** ff., IV. 4.
Entscheidung **134,** III. 2.
Klage **134,** I. u. N.
Prüfungsverfahren s. dort.
Streitgenossenschaft **134,** I. 3.
Vollstreckbarer Titel **134,** IV.
Voraussetzungen **129** ff.
Vorrecht **54,** I. 1 u. **129** ff., II. 1.
Widerspruch des Gemeinschuldners **149** ff., IV. 5.
Wiederaufnahme des Konkurses **183** ff., II. 4.
Wiederaufnahmeverfahren **129** ff., II. 1 S. 443.
Wirkung **129** ff., II. 1 u. 2; **135, 149** ff., IV. 3.
Zuständigkeit **134,** I. 4.
Fixgeschäft 16 u. N.
Freigebige Verfügung.
Anfechtung **25,** II.
Konkursforderung wird nicht durch f. V. des Gemeinschuldners begründet **56,** II. 3.
F. V. des Verwalters **5,** II. 3.
Fristen. Anfechtungsrecht **22** ff., Vorb. 3 S. 88; A.-G. **3,** II.; **12.**
Anmeldungsfrist **126** ff. I.
Ausschlussfrist **139** ff., II. 1.
Einwendungen gegen das Forderungsverzeichnis **146** ff., 1.
Niederlegung der Tabelle **126** ff., III. 2.
Prüfungstermin, besonderer **129** ff., I. 4 S. 441.
Schlusstermin **150.**
Wiedereinsetzung **139** ff., II. 1; **146** ff., 1.

G.

Gehalt 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Geldstrafen 56, II. 2.
Gemeinschaft. Absonderungsrecht **44.**
Auseinandersetzung **14.**
Gläubigergemeinschaft **2,** I. 2.
Gemeinschuldner 5 ff.
Alimentationsansprüche an den G. s. dort.
Anfechtungsprozess **22,** IV. 3; **29,** 2; A.-G. **13.**
Anhörung **92,** III. 2; **95** ff., III. 2; **121** ff., IV.
Anwesenheit i. Prüfungstermin **129** ff., I. 3.
Beerdigungskosten **51,** II. 3.
Bestreitung der Forderungen **129** ff., I. 2, II. 2 u. N.
Dienstverhältnis **19,** 2 a. E.
Erbschaften s. dort.
Eröffnungsantrag **95** ff., I. u. II.
Ersatzpflicht **5,** II. 2 N.
Flucht **162,** 2.
Gemeinschaft, Gesellschaft **14, 44, 94,** I.
Geschäft **118** ff., II.; **121** ff., III. 1.
Handlungsfähigkeit **5,** I. 2.
Leistungen an den G. **7,** 1 u. 2.
Letztwillige Verfügung **5,** I. 2.
Masseansprüche **50** ff., Vorb. 2; **175** ff. 2.
Miteigentum **14, 44, 94,** I.
Notbedarf **149** ff., IV. 2.
Offenbarungseid **112** ff., V.
Prozessfähigkeit **8** ff., I. 1.
Prozessubjekt **5,** II. 1 S. 32; **8** ff. I. 4 u. 5 N.; **35** ff., Vorb. 2 S. 171, 172.

Rechtshandlungen **6**, I. 2; **22** (s. noch Anfechtung und Nichtigkeit).
Tod **161**, 3; **202** ff., 1 S. 568.
Unterstützung **51**, II. 3; **112** ff., V. 3 a. E.; **118** ff., I.
Verfügungsrecht **5**, I.
Verpflichtungen **92** ff., I. u. II.
Widerspruch **149** ff., IV. 5.
Wirkungen der Feststellung **149** ff., IV. 3.
Zwangsmittel **92** ff., III.
Genossenschaften s. eingetr. Gen.
Genossenschaftsgesetz 195 ff.
Genossenschaftsregister 104.
Gericht s. Konkursgericht, Vollstreckungsgericht.
Gerichtsschreiberei.
Bekanntmachungen **103** ff., 1.
Forderungsanmeldung **126** ff., II. 1.
Niederlegung **126** ff., III. 1; **139** ff., I.; **165** ff., 2; **188** ff., 2.
Vergleichsvorschlag **161**, 1.
Gerichtsstand im Feststellungsprozesse **134**, IV. 2.
im Anfechtungsprozesse **22**, IV. 4 u. N.
Gerichtsverfassungsgesetz 65, 4.
Geschäft des Gemeinschuldners s. Gemeinsch.
Geschäftsbücher.
Führung ders. **209** ff., I. 1, II. 4 u. 5.
Schliessung **112** ff., II.
Gesellschafter des Gemeinschuldners.
Absonderungsrecht **44.**
Auseinandersetzung **14.**
Gesellschaftsgläubiger im Konkurse über das Privatvermögen des Gemeinschuldners **198** ff., 1 u. 4.
Gewahrsam E.-G. **14** ff., 2.
Gläubigerausschuss 79 ff.
Beschlussfassung **79** ff., IV.
Bestellung **79** ff., II.
Geschäftskreis **76**, III. 1 S. 331; **78**, 6; **79** ff., I. u. III.; **118** ff., I. u. II.; **121** ff., **138**, **146**, 4; **163.**
Mehrheit von Ausschüssen **79** ff., II. 2.
Mitgliederbefugnisse **79** ff., III. 1 S. 344, 345; **125**, 3.
Mitgliederzahl **79** ff., II. 2.
Verantwortlichkeit **79** ff., III. 2.
Vergütung **79** ff., III. 3.
Widerruf der Bestellung **79** ff., II. 3.
Gläubigerversammlung 85 ff.
Berufung **85** ff., I. 2.
Beschlussfassung **85** ff., II. 2 u. 3, III.
Beschwerderecht **85** ff., I. 1.
Geschäftskreis **70** ff., I. 1 u. 2; **76**, III. 1; **78**, **79** ff., II. 1 u. 2; **85** ff., I.; **118** ff., **121** ff., I. u. III.; **125**, 1; **137** ff., 2 a. E.
Leitung **85** ff., II. 1.
Stimmrecht **85** ff., III.
Untersagung der Ausführung eines Beschlusses **85** ff., IV. 1 u. 2.
Vertagung **85** ff., I. 2.
Wirkung der Beschlüsse **85** ff., IV. 1.
Grundbuch. Eröffnungsbeschluss **103** ff., 5.
Rechte des Gemeinschuldners **5**, I. 2 u. **202** ff., 1.
Güterabtretung E.-G. **4** ff., I. 2.

H.

Haft des Gemeinschuldners **92** ff., III.; **98.**
Handelsbücher 209 ff., II. 4 u. III. 3.
Handelsgesetzbuch. Aufrechterhaltung von Vorschriften des H. **35**, 3 S. 176; **39** ff., Vorb. 3 S. 203; **41**, II. 6.
Handelsregister 104.
Herrschaftszeit E.-G. 8 ff.
Hinterlegung von Geldern **118** ff., III.
Absonderungsrecht **40**, I. 2 u. N.
Mitteilung an die Hinterlegungsstelle **125**, 2.
Sicherstellung bei Aufrechnung **47**, III.
Sicherstellung bei bedingter Forderung **60**, 1 N.
Verteilungsverfahren **154** ff., III.
Hohenzollern E.-G. **7.**
Hypothekenbuch.
Eröffnungsbeschluss **103** ff., 5.
Rechte des Gemeinschuldners **5**, I. 2 u. **202** ff., 1.
Hypothekenrechte: Anfechtung s. dort.
Erwerb von H. nach der Konkurseröffnung **12.**
nach Erlass des Veräusserungsverbotes **98**, 2.

I.

Inventarerrichtung 112 ff., IV.
Innungskassen. Absonderungsrecht **39**, Vorb. 2 S. 203.

K.

Kinder des Gemeinschuldners.
Niessbrauch **1,** IV.
Unterstützung **118** ff., I.
Vorrecht **54,** VI.; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Kommanditgesellschaft 198 ff.
Ausfall **198** ff., 4.
Bedeutung des Konkurses **198** ff., 1.
Kommanditist **198** ff., 2.
Konkursmasse **198** ff., 1 S. 563.
Liquidatoren **214.**
Vertretung **198** ff., 2.
Zwangsvergleich **198** ff., 3.
Kompensation s. Aufrechnung.
Konkursanspruch 2, I. 1 S. 16.
Konkurseröffnung s. Eröffnung des K.
Konkursforderung s. auch Konkursgläubiger.
Anmeldung s. dort.
Bedingte Forderung s. dort.
Begriff **2.**
Betagte Forderung s. dort.
Bürge **60,** 4.
Erdichtete Forderung **209** ff., II. 3; **212,** 3.
Feststellung s. dort.
Fortlaufende Hebungen **62,** 2 u. **63.**
Freigebigkeit **56,** I. u. II. 3.
Geldbetrag **62,** 1.
Geldstrafen **56,** I. u. II. 2.
Kosten **56,** I. u. II. 1.
Prozesse 8 ff., III.; **134.**
Schätzungswert **62,** 2 u. 3.
Ungewisse Forderung **62.**
Unbestimmte Forderung **62.**
Verjährung, Unterbrechung **13;** E.-G. **3,** III. 2.
Vertragsstrafe **21** N.
Zinsen **56,** I. u. II. 1.
Zwangsvergleich **160,** 2; **175** ff., 2; **178** ff.
Konkursgericht 64.
Aufsicht **76.**
Entscheidungen **66,** I.
Ermittelungen **67.**
Geschäftsverteilung **64,** 4.
Gläubigerausschuss **79** ff., II.
Konkurrenz mit ausländischen Gerichten **207** ff., III. 3.
Offenbarungseid **112** ff., V. 2.
Unterstützung des Gemeinschuldners **118** ff., I.
Verteilung **137** ff., 2; **146** ff., 3 u. 4; **149** ff. I. 2.
Zuständigkeit **64,** **112** ff., V. 2 u. 3.
Zwangsvergleich **163,** **170** ff., **175.**
Konkursgläubiger 2.
Absonderungsrecht **2,** II.; **57,** 1.
Anwesenheit im Prüfungstermine **129** ff., I. 3.
Arreste **11,** 1 u. 2.
Ausländer **4.**
Begriff **2,** I. 3.
Bestreitung von Forderungen **129** ff., I. 2.
Entschädigungsklage gegen Mitglieder des Gläubigerausschusses **79** ff., III. 2; gegen den Verwalter **74,** 2.
Gemeinschaft **2,** I. 2 u. N.
Kostenforderung **2,** IV. 2.
Mehrheit **95** ff., I. 3.
Periodische Leistungen **2,** IV. 4.
Prozesse gegen den Gemeinschuldner 8 ff., III.; gegen den Verwalter s. oben Entschädigungsklage.
Rechtliche Stellung **2,** I. 2.
Unterhaltsanspruch **2,** IV. 5.
Vermögensanspruch **2,** III.
Wechselforderung **2,** IV. 3.
Konkursmasse 1.
Absonderungsgegenstände **3,** II.
Beschränkung der Zwangsvollstreckung **1,** II.
Erbschaften **1,** III. 3.
Firma **1,** I. 2.
Gehalt **1,** III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Geringfügigkeit **99,** **190.**
Grundstücke **5,** I. 2; **107,** 1 N.
Lebensversicherung **1,** III. 2b u. N.
Leibrente **1,** III. 2d.
Niessbrauch **1,** IV.
Patent **1,** I. 2.
Pension **1,** III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Rechte **1,** I. 2 u. 3.
Schenkung von Todes wegen **1,** III. 3.
Sicherungsmassregeln **98,** 1—3.
Subjekt **2,** II. 2; **5,** I. 2.
Vermächtnisse **1,** III. 3.
Zeitpunkt **1,** III.
Konkursverwalter 5, **29,** **70** ff.
Anfechtungsrecht **5,** II. 1 S. 33; **22,** IV. 3 u. N.; **23,** II. 2 S. 115 a. E.; **29,** 1 u. 2.
Annahmepflicht **70** ff., II. 2.
Anwesenheit im Prüfungstermine **129** ff., I. 3.

Armenrecht **29,** 2 S. 152 u. 8 ff. S. 47 N.
Aufrechnung **46** ff., Vorb. 5.
Aussonderung **35** ff., Vorb. 1 u. 2; **107,** 1.
Beaufsichtigung **35** ff., Vorb. 2 S. 171; **75.**
Befugnisse **5,** II. 3—5; **107** ff., **118** ff.
Berichterstattung **118** ff., IV.; **129** ff, I. 1.
Bestreitung von Forderungen **129** ff., I. 2 u. II. 1; **134.**
Entlassung **70** ff., I. 4; **76,** III.
Entziehung der Befugnisse **76,** III. 1 a. E.
Ernennung **70** ff., I. 1, 2 u. 4, II. 3; **102.**
Ersatzansprüche, aktiv **77, 79** ff., III. 2 u. N.; passiv **3,** S. 25 N.; **5,** II. 1 u. 2 mit N.; **74,** 2 u. N.
Fähigkeit **70** ff., I. 4.
Feststellungsprozesse **134,** I. 1 N.
Legitimation **5,** II. 2 u. N.; **70** ff., II. 1; **121** ff., I. 3.
Masseansprüche **50,** 2; **52,** I. u. II.; **53,** 3 u. 4.
Mehrheit von Verwaltern **70** ff., I. 3.
Ordnungsstrafen **76.**
Pflichten **74, 78, 107** ff., Vorb. 4; **118** ff.
Prozesse mit dem Gemeinschuldner **5,** II. 1 S. 32; **35** ff., Vorb. 2 S. 171; **74,** 2 S. 327.
Quittungen **125.**
Rechnungslegung **118** ff., IV.
Rechtliche Stellung **5,** II.
Rechtswohlthat des Inventars **43,** 4 N.
Rücktritt **70** ff., II. 2.
Schlussrechnung **78.**
Sicherheitsleistung **70** ff., II. 4.
Unabhängigkeit **107** ff., Vorb. 1.
Verantwortlichkeit **5,** II. 2; **74,** 1 u. 2 mit N.; **107** ff., Vorb. 4; **175** ff., 2.
Vergütung **77.**
Verteilung **137** ff., 2; **146** ff., 4; **149** ff., I. 2 a. E.; **154** ff., I.
Vertreter **70** ff., I. 3.
Vorrechte **54,** I. 1 S. 271.
Kosten. Abgesonderte Befriedigung **50,** 3.
Einstellungsverfahren **188** ff., 2 a. E.
Einzelne Gläubiger **51,** I. S. 258; **56,** I. u. II. 1.
Feststellungsprozess **136,** 2.
Haftkosten **92** ff., III. 1.
Nachforderung **159,** 2.
Prozesskosten als Konkursforderung **55,** I. u. II. 1; als Masseschuld **52,** II.
Prüfungstermin **129** ff., I. 4.
Schuldhafte Verursachung und Überbürdung zur Strafe **65,** 2; **126** ff., III. 2.
Krankenkassen. Absonderungsrecht **39** ff., Vorb. 2 S. 203.

L.

Landesgesetze.
Aufrechterhaltung **39, 45, 209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II.
Aufhebung **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., I.
Landesherrn und landesherrliche Familien E.-G. **7.**
Lehengläubiger 45 u. N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Liquidatoren.
Aktiengesellschaft **193** ff., 3 u. 4.
Eingetr. Genossenschaft **195** ff.
Handelsgesellschaft, offene **198** ff.
Kommanditgesellschaft **198** ff.
Strafbestimmungen **214.**
Lieferungsgeschäfte als Fixgeschäfte **16.**

M.

Masse s. Konkursmasse.
Massegläubiger 50 ff.
Anmeldung **50,** 1 u. 2.
Ansprüche an den Gemeinschuldner **50** ff., Vorb. 2; **175** ff., 2 S. 531.
Ausschluss **159.**
Mehrheit der Konkursmassen **50,** 3.
Prüfung **50,** 1 u. 2.
Rangordnung **53.**
Vorzug **50,** 1.
Zwangsvollstreckung **175** ff., 2.
Massekosten.
Abgesonderte Befriedigung **50,** 3.
Beerdigung des Gemeinschuldners **51,** II. 3.
Begriff **51,** I. u. **52,** I.
Gebührenvorschuss **51,** II. 1.
Gerichtskosten **51,** II. 1.
Unterstützung **51,** II. 3.
Verteilung **51,** II. 2.
Verwaltung und Verwertung **51,** II. 2.
Zwangsvergleich **51,** II. 1.
Masseschulden.
Begriff **52,** I.
Bereicherung **52,** III. 2.
Handlungen des Konkursverwalters **52,** II.
Pächter **52,** III. 2.
Prozesse **121** ff., II. 3b.
Vertragserfüllung **52,** III. 1.

Mietverhältnisse.
Absonderungsrecht **41,** II. 4.
Erfüllung des Vertrages **17, 18.**
Miteigentum.
Absonderungsrecht **44.**
Auseinandersetzung **14.**
Mitschuldner.
Absonderungsrecht **61,** I. 3.
Bürgen **60,** 4.
Haftungsweise **61,** II.
Konkurs, gleichzeitiger **61,** I. 1 u. 2.
Mehrempfang des Gläubigers **61,** III.
Rückgriff **60,** 4 u. **61,** IV.
Moratorien E.-G. **4** ff., I. 2.

N.

Nachforderungsrecht d. Gläubigers **149** ff., IV.
Nachlass. Absonderungsrecht **43** u. N.
Nachlasskonkurs 202 ff.
Antragsrecht **202** ff., 3.
Gegenstand **202** ff., 1.
Grundeigentum **202** ff., 1.
Mehrheit der Erben **202** ff., 1.
Rechtswohlthat des Inventars, Geltendmachung durch den Verwalter **43,** 4 N.
Voraussetzungen **202** ff., 2.
Zwangsvergleich **202** ff., 3.
Nachtragsverteilung 153.
Nebenintervention
der Gläubiger im Anfechtungsproz. **29,** 1 u. N.; A.-G. **1,** III. 2; **13,** II. 3; im Feststellungsproz. **134,** II. 2.
des Gemeinschuldners im Anfechtungsprozesse **29,** 2 S. 152.
Nichterfüllung s. Aussonderungsrecht und Erfüllung.
Nichtigkeit 6.
Bevollmächtigte **6,** I. 3.
Rückgewähr **6,** II.
Wirkung **6,** I. 4.
Niederlassung 207 ff., III.
Niessbrauchsrechte des Gemeinschuldn. **1,** IV.
Notbedarf 149 ff., IV. 2.

O.

Öffentlichkeit d. Verhandlungen **65,** 4 S. 311.
Öffentliche Bekanntmachung s. Bekanntmachung.
Offenbarungseid 112 ff. V.
Officialprinzip 67.
Offener Arrest 102, 103 ff., 2; **108.**
Offene Handelsgesellschaft 198 ff.
Ausfallsforderung **198** ff., 4.
Bedeutung des Konkurses **198** ff., 1.
Konkursmasse **198** ff., 1 S. 563.
Vertretung **198** ff., 2.
Zwangsvergleich **198** ff., 3.

P.

Pachtverhältnisse.
Absonderungsrecht **41,** II. 2 u. 3.
Erfüllung des Vertrages s. dort.
Masseschuld **52,** III. 2.
Parteieide 8 ff., I. 5.
Pensionen 1, III. 2c; E.-G. 8 S. 629.
Pfandbriefe E.-G. **14** ff., 4.
Pfandrechte 40, 41.
Befriedigung ohne gerichtliches Verfahren **116** ff., 3.
Faustpfandrecht **40,** II. 1 u. 2; E.-G. **14** ff.
P. an Forderungen **40,** II. 2; E.-G. **14** ff., 3.
Gesetzliche P. **41,** I.
Kaufmännische P. **41,** II. 6.
Pfändungspfandrechte **40,** I. 2; **41,** II. 7.
Rangordnung **40,** III. 3; **41,** I. 3.
Pfandrechtstheorie 2, I. 2; **5,** I. 1; Einleitung II. 5.
Pfandstücke. Anzeigepflicht s. dort.
Einlösung **121** ff., II. 3d.
Post 111.
Protokoll 65, 1 S. 308.
im Prüfungstermine **129** ff., II. 1 u. 3.
Prozesse des Gemeinschuldners 8 ff.
Aktivprozesse 8 ff., II. 1.
Allgemeines 8 ff., I.
Eide 8 ff., I. 5.
Feststellungsprozesse **129** ff., II. 2; **134,** I. 3 a. E.; **149** ff., IV. 5.
mit dem Konkursverwalter s. dort.
mit Mitgliedern des Gläubigerausschusses **79** ff., III. 5.
Passivprozesse 8 ff., II. 2.
Streitgenossenschaft **134,** I. 3 a. E.
Unterbrechung 8 ff., I. 3.
Prüfungsverfahren 129 ff.
Aussetzung der Prüfung **129** ff., I. 1 S. 436.
Bestreitungsgründe **129** ff., I. 2.
Beteiligte **129** ff., I. 2.
Beurkundung **129** ff., II. 3.
Ergebnisse **129** ff., I. 1 a. E.; II. 1 u. 2.

Form, Gang und Gegenstand **129** ff., I. 1 u. N.
Notwendige Personen **129** ff., I. 3.
Widerspruch des Gemeinschuldners **129** ff., II. 1 S. 443 u. N.; **149** ff., IV. 5.

Q.

Quittungen des Verwalters **125.**

R.

Rangordnung der Absonderungsberechtigten **40,** III. 3; **41,** I. 3.
Konkursforderungen **54** u. E.-G. **9** ff., I. a. E.
Masseansprüche **53.**
Realgläubiger s. Absonderungsrecht.
Rechnungslegung des Verwalters **78** (s. noch Schlussrechnung).
Rechtshandlungen des Gemeinschuldners s. Anfechtung, Nichtigkeit, Verfügungsrecht.
Rechtshilfe 65, 4 S. 311.
Rechtskraft im Feststellungsprozesse **149,** IV. 5.
der Strafurteile **209** ff., I. 6.
Registrierte Gesellschaften in Bayern E.-G. **6.**
Reichsgesetze. Aufhebung **209** ff., Vorb. II. E.-G. **3,** II.
Aufrechterhaltung E.-G. **3,** I.
Retentionsrecht s. Zurückbehaltungsrecht.
Reichskanzler 4, 2 S. 27; **207.**
Resolutionsrecht s. Erfüllung von Rechtsgeschäften.
Revisionssumme 136, 2.
Rückgewähr s. Anfechtung, Nichtigkeit.

S.

Schenkungen s. Anfechtung.
Schiedsverträge des Verwalters **121** ff., II. 3c.
Schlussrechnung des Verwalters.
Bemerkungen des Gläubigerausschusses **78,** 6.
Einwendungen **78,** 2.
Form **78,** 4.
Schlusstermin **149** ff., II.
Verweigerung und Verzögerung **78,** 3.
Zeit **78,** 5.
Zwangsvergleich **78,** 1 S. 335.
Schlusstermin 149 ff., II.
Schlussverteilung 149 ff., I.
Schuldenmasse 126 ff.; Prozesse über dieselbe 8 ff., III.; **121** ff., II. 3b.
Selbstverwaltung d. Gläubiger **107** ff., Vorb. 1.
Sicherstellung
Aufhebung **158.**
Aufrechnung **47,** III.
für Vertragserfüllung **15,** I. 4.
Zwangsvergleich **175** ff., 3.
Sicherheitsmassregeln
bez. der Masse **98, 112** ff.
gegen den Gemeinschuldner **183** ff., I. 1.
Siegelung 112 ff., I. 1.
Spiel 209 ff., III. 2 S. 603.
Stammgüter 45 u N.; E.-G. **4** ff., II. 1.
Statutenkollision.
Anfechtungsrecht **22,** II. 2.
Aufrechnung **46** ff., Vorb. 2.
Aussonderung **35,** 1 S. 173.
Stimmrecht. Änderung **85** ff., III. 3 u. 5.
Gerichtsbeschluss **85** ff., III. 2.
Regel **85** ff., III. 1.
Vereinbarung **85** ff., III. 2.
Zwangsvergleich **169,** II.
Stimmenkauf. Strafbarkeit **213.**
beim Zwangsvergleiche **168,** 1 S. 513.
Strafbestimmungen 209 ff.
Allgemeiner Thatbestand **209** ff., III. 1.
Bankerutt, betrüglicher **209** ff., II.
Bankerutt, einfacher **209** ff., III.
Begehungsort **209** ff., I. 3.
Begünstigung **211.**
Beiseiteschaffen **209** ff., II. 2; **212,** II.
Erdichtete Forderungen **212,** 3.
Fragestellung **209** ff., I. 6.
Gefährdungsdelikt **209** ff., I. 2.
Herrschaftskreis **209** ff., III. 2—4.
Irrtum **209** ff., II. 4, III. 3; **214,** 3.
Konkurseröffnung **209** ff., I. 3.
Landesrecht **209** ff., Vorb. II.; E.-G. **4** ff., II. 2.
Mildernde Umstände **209** ff., I. 6.
Rechtskraft **209** ff., I. 6.
Reue, thätige **209** ff., II. 6.
Rücktritt **209** ff., II. 6.
Stimmenkauf **213.**
Urteilsbegründung **209** ff., I. 6.
Verheimlichung **209** ff., II. 2 u. 5; **212,** 2.
Verjährung **209** ff., I. 3 S. 584.
Versuch **209** ff., II. 6; **212,** 1.
Vollendung **209** ff., I. 3 S. 584.
Vollkaufmann **209** ff., II. 4.

Vorstände von Handelsgesellschaften **214.**
Zahlungseinstellung **209** ff., I. 3.
Zusammenhang, ursächlicher und zeitlicher **209** ff., I. 4.
Zuständigkeit **209** ff., I. 6.
Zusammentreffen mehrerer Thatbestände **209** ff., I. 5; **211,** 4; **212** 4.
Streitgegenstand. Wert desselben:
Anfechtung im Konkurse **29,** 1 N.
Anfechtung ausserhalb des Konkurses A.-G. **1,** II. 1 S. 645.
im Feststellungsprozesse **136.**
Streitgenossenschaft 2, I. 2; **134,** I. 3 u. II. 2.

T.

Tabelle. Berichtigung **134,** V.
Eintragung der Anmeldung **126** ff., III. 1; **129** ff., I. 1; der Feststellung **129** ff., II. 3.
Offenlegung **126** ff., III. 2.
Vollstreckbarer Titel **149** ff., IV. 4; **178** ff., II. 1.
Teilungsmasse.
Besitzergreifung **107,** 1.
Prozesse 8 ff., II.; **121** ff., II. 3b.
Verwaltung **107** ff., Vorb.
Verwertung **107** ff., Vorb. 2; **107,** 2; **116, 117.**
Zwangsverwaltung **116, 117.**
Teilungsplan 149 ff., II. 3.
Telegraphenanstalten 111.
Telegramme 111.
Termine.
Erörterungstermin **165** ff., 2 S. 510.
Prüfungstermin, allgemeiner **102, 129** ff. I.; besonderer **129** ff., I. 4.
Verbindung **102, 165** ff., 5.
Vergleichstermin **165** ff., 5.
Vertagung **126** ff., III. 2; **129** ff., I. 1 S. 436.
Wahltermin **102.**
Tod des Gemeinschuldners.
Fortdauer des Konkursverfahrens **202** ff., 1 S. 568.
Zwangsvergleich **161,** 3.

U.

Überlegungsfrist der Erben **1,** III. 3.
Überschuldung 193, 203.
Unbewegliche Sachen (s. noch Grundbuch, Hypothekenbuch).
Absonderungsrecht s. dort.
Erwerb **121** ff., III. 2b.
Umschreibung in öffentl. Büchern **202** ff., 1.
Veräusserung **107** ff., Vorb. 2; **116, 117** u. N.; **121** ff., III. 1.
Unentgeltliche Verfügung s. Anfechtung i. K.
Unterbrechung anhängiger Prozesse 8 ff., A.-G. **13,** II.
Unterhaltspflicht 1, IV.
Unterstützung des Gemeinschuldners.
Entziehung **112** ff., V. 3 a. E.; **118** ff., I. 4.
Gewährung **51,** II. 3; **118** ff., I. 1–3.
Urheberrechte s. Konkursmasse.
Urteilshypothek 129 ff., II. 1 S. 443; **178** ff. III.

V.

Veräusserung 107 ff., Vorb. 2; **107,** 2; **116** ff., **121** ff.
Veräusserungsverbot 98, 2 u. 3.
Verfolgungsrecht 36 u. N.
Verfügungsrecht des Gemeinschuldners **5.**
Vergleiche 121 ff., II. 3c; ausserhalb des Konkursverfahrens **160** ff., Vorb. 5; **168,** 3.
Vergütung des Konkursverwalters **77.**
der Mitglieder des Gläubigerausschusses **79** ff., III. 3.
Verhaftung des Gemeinschuldners s. Haft.
Verhandlung, mündliche **65,** 2, 4; **66,** 1.
Verheimlichung 209 ff., II. 2 u. 5; **212,** 2.
Verjährung
des Anfechtungsrechtes **34;** A.-G. **12.**
der Strafverfolgung **209** ff., I. 3 S. 584.
Unterbrechung derselben **13, 178** ff., I. 1 S. 534; E.-G. **3,** III. 2.
Verkündung von Entscheidungen
im allgemeinen **66,** II. 1.
des Eröffnungsbeschlusses **100,** 1.
im Vergleichstermine **170** ff., I. 3.
Vermächtnisse s. Erbschaften.
Vermögensübersicht 95 ff., II. 1.
Verteilung.
Abschlagsverteilung **146** ff.
Absonderungsrecht **139** ff., II. 3.
Ausschluss **139** ff., III. 2 u. 3; **159.**
Aussetzung **146** ff., 5.
Bekanntmachung **139** ff., I.
Einwendungen **146** ff., 2; **149** ff., II. 1.
Genehmigung **137** ff., 2; **149** ff., I. 2.
Hinterlegung **154** ff., III.
Massegläubiger **139** ff., III. 1; **146** ff., 4; **159.**

Nachträgliche Berücksichtigung **139** ff., III. 1.
Nachtragsverteilung **153.**
Schlussverteilung **149** ff., I.
Verzeichnis der Forderungen **139** ff., I. u. III. 3.
Vollzug **146** ff., 4; **154** ff., I.
Voraussetzungen **139** ff., II. 2.
Vorrecht **157.**
Zeitpunkt **137** ff., 1.
Zurückzubehaltende Beträge **154** ff., II.
Zwangsvergleich **146** ff., 5.
Verwalter s. Konkursverwalter.
Verwertung der Masse **107** ff., Vorb. 2.
Verzeichnis der Massegegenstände **112,** III.; der Forderungen **139** ff., I., III. 3; **153,** 2 a. E.
Vollstreckung.
Ausländischer Konkurs **207** ff., II.
Restforderung **149** ff., IV.
Unzulässigkeit **11, 207** ff., II.
Zwangsvergleich **178** ff., II.
Vollstreckungsgericht 112 ff., V. 2.
Vorführung des Gemeinschuldners **92** ff., III. 2; **95,** 1—3.
Vorrechte 54.
Abgaben, öffentliche **54,** III. 1—3.
Ärzte, Apotheker **54,** V.
Auslagen **54,** II. 3.
Dienstlohn, Dienstbezüge **54,** II. 1—3.
Entstehungszeit der Forderung **54,** I. 1 u. N., IV. 2 N.
Feststellung **54,** I. 1; **129** ff., II. 1.
Forderungsübertragung **54,** I. 2 S. 272.
Gebühren für freiwillige Gerichtsbarkeit **54,** III. 1.
Herrschaftszeit E.-G. **9** ff., I. a. E., IV.
Kinder **54,** VI. u. N.; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Kirchen **54,** IV.
Kontokurrent **54,** I. 2 S. 272.
Kosten **55,** I. u. II. 1.
Kostgeld **54,** II. 1—3 u. N.
Pflegebefohlene **54,** VI. u. N.; E.-G. **9** ff., IV. 3.
Rangordnung **54,** I. 1 S. 271.
Register E.-G. **9** ff., IV. 2 u. 3.
Schadenersatz **54,** II. 3.
Schulen **54,** IV.
Sterbfallgebühren **54,** III. 2.
Umfang **55,** I.
Verbände, öffentliche **54,** IV. u. N.
Vertragsstrafen **55,** II. 2.
Zinsen **55,** II. 3.
Zwangsvergleich **175** ff., 2; **178** ff.
Vorstände von Handelsgesellschaften.
Antrag auf Eröffnung des Konkurses **193** ff., 3.
Bestrafung **214.**

W.

Wahltermin 102, 1.
Wechselrechtliche Forderungen 2, IV. 3; **23,** II. 2 S. 115; **27.**
Wertpapiere 118 ff., III.
Widerklage. Genehmigung zur Erhebung **121** ff., II. 3b.
Widerspruch des Gemeinschuldners **129** ff., II. 1 S. 443 u. N.; **149** ff., IV. 5.
Wiederaufnahme von Civilprozessen 65, 129 ff., II. 1 S. 443; **134,** IV. 1.
Wiederaufnahme des Konkursverfahrens.
Anfechtungsrecht, Aufrechnung **183** ff., II. 2.
Bekanntmachung **183** ff., II. 1.
Form **183** ff., II. 1.
Teilnahmerecht **183** ff., II. 1 u. 3.
Umfang der Forderungen **183** ff., II. 1 u. 3.
Verbindung mit einem anhängigen Konkurse **183** ff., II. 1.
Voraussetzungen **183** ff., II. 1.
Wiederholungen des Verfahrens **183** ff., II. 4.
Wiederaufnahme von Strafprozessen 162, 4; **183** ff., I. 1.
Wiedereinsetzung 139 ff., II. 1; **146** ff., 1.

Z.

Zahlungseinstellung 23, V. 3 u. N.; **48,** IV.
Zahlungsunfähigkeit 94, II.
Zinsen. Ausschluss vom Konkurse **56,** I., II. 1.
Vorrecht **55,** II. 3.
Zurückbehaltungsrecht **56,** I. N.
Zurückbehaltung 41, 2d.
Zurückbehaltungsrecht 41, I. 1 N. u. II. 6; **56** I. N.; E.-G. **3,** I. 2.
Zurücknahme des Eröffnungsantrages s. dort.
Zuständigkeit.
für Feststellungsprozesse **134,** I. 4.
Konkursverfahren **64, 193** ff., 1; **198** ff., 1; **202** ff., 1.
Prävention **64,** 2; **207** ff., III. 3.

Vereinbarung **64**, 2; **134**, 4.
Wiederaufnahme **129** ff., II. 1 S. 443.
Zustellung 66, II.
besondere Z. **69**, 1 u. 2.
Z. des Eröffnungsbeschlusses **103** ff., 3.
Zwangsmassregeln gegen den Gemeinschuldner **92**, **93**, **98**.
Zwangsveräusserung 116, **117**.
Zwangsvergleich.
Abänderung des Vorschlages **161**, 2.
Ablehnung **162**, 4; **163** ff., 1.
Aktiengesellschaft **162**, 1; **193** ff., 4 S. 558.
Allgemeines **160** ff., Vorb. 1—4.
Anfechtungsrecht **178** ff., I. 1.
Anfechtung und Aufhebung wegen Betruges **182**.
Aufrechnung **178** ff., I. 2.
Ausserhalb des Konkurses **160** ff., Vorb. 5.
Begünstigung **168** u. N.
Beschlussfassung **165** ff., 3; **169**.
Beschwerde **162**, 4; **165** ff., 5 S. 512; **170** ff., III.
Betrug **182**.
Betrüglicher Bankerutt **183** ff., I.
Bürgen **178** ff., I. 3 u. II. 2.
Cassatorische Klausel **181**.
Eingetragene Genossenschaft **162**, 1.
Erfüllung **175** ff., 3.
Gericht **163**, **170** ff., **175**.
Gleichstellung **168**.
Kollusionseid **160** ff., Vorb. 4.
Kommanditgesellschaft **198** ff., 3.
Kosten **51**, II. 1 S. 259.
Mehrheiten **169**.
Mitschuldner **178** ff., I. 3 u. II. 2.
Nachlasskonkurs **202** ff., 3 S. 570.
Natürliche Verbindlichkeit **178** ff., I. 1 u. N.
Neuer Konkurs **178** ff., I. 1.
Niederlegung bei Gericht **165** ff., 2.
Offenbarungseid **162**, 2.
Offene Handelsgesellschaft **198** ff., 3.
Rechtliche Natur **160** ff., Vorb. 3.
Sicherheitsleistung **175** ff., 3.
Stimmrecht **169**, II.
Subjekte des Vertrages **160** ff., Vorb. 3 u. **160**, 2.
Termin **165** ff., 2 u. 5.
Tod des Gemeinschuldners **161**, 3.
Urteilshypothek **178** ff., III.
Verfahren **161**, **163** ff.
Verurteilung **162**, 3.
Verwerfungsgründe **170** ff., II.
Vollstreckung **178** ff., II.
Vorschlag **161**.
Wiederholung des Vorschlages **163**, **164**.
Wirkungen **178** ff., I.—III. u. N.
Zeitpunkt **160**, 1.
Zurücknahme des Vorschlages **161**, 2.
Zwangsvollstreckung s. Vollstreckung.
Zweigniederlassung 207 ff., III.
Zweiseitige Verträge 15, I. 2.
Zwischenzinsen 58, 2.

Berichtigungen.

S. 112 Anm. 6 a. E. ist zum Urteile des III. Senates auf „Entsch. Bd. IX. S. 361" zu verweisen.

S. 113 Anm. 4 lies: „Grünhuts Zeitschr." statt „Gruchots Beitr."

S. 234 Zeile 4 von oben lies: Art. „255" statt „215".

S. 600 Anm. 4 Zeile 2 von unten lies: Entsch. Bd. XV. S. „309 ff." statt „315".

S. 601 Anm. 4 von S. 600 Zeile 2 von oben lies: Entsch. Bd. XVI. S. „272 a. E." statt „277".

Die zweite Auflage eines Kommentars zur Konkursordnung ist ein deutlicher Beweis, dass in kurzer Frist das Werk viele Anhänger gefunden hat. Zum erstenmale beteiligt sich der Münchener Jurist Kleinfeller an der Herausgabe desselben, und es muss als ein glücklicher Gedanke des Verlegers bezeichnet werden, dass er es verstand, die Umsicht eines Praktikers mit dem anerkannten Fleisse und Eifer eines Theoretikers zu vereinigen, welche beide Bürgen dafür sind, dass das Buch in seiner neuen Gestalt allen Bedürfnissen — und es sind deren sehr viele — möglichst gerecht wird.

Litterarische Mitteilungen für bayerische Juristen, 1888 Nr. 5.

Petersens Kommentar zur Konkursordnung, welcher bereits bei seinem ersten Erscheinen allseitige Anerkennung gefunden hat, wird nunmehr in zweiter Auflage veröffentlicht und liegen uns die das Konkursrecht und einen Teil des Verfahrens umfassenden beiden ersten Lieferungen zur Besprechung vor. Schon ein flüchtiger Vergleich der beiden Auflagen ergiebt, dass das Werk an Brauchbarkeit wesentlich gewonnen hat. Die neuere Litteratur und Rechtsprechung ist reichlich verwertet. Einzelheiten von weniger wesentlichem Belange sind weggelassen oder in verkürztem Umfange wiedergegeben, während anderseits diejenigen Abschnitte, welche für die Praxis von wesentlicher Bedeutung sind, teils eine sehr ergiebige Erweiterung, teils eine vollständige Umarbeitung erfahren haben. Es mag in dieser Beziehung hauptsächlich auf die Stellung des Konkursverwalters und die Anfechtung von Rechtshandlungen, sodann in zweiter Reihe an die Kapitel über Aussonderung, Absonderung und Aufrechnung sowie auf § 44 der Konkursordnung verwiesen werden. Wir können deshalb diese zweite Auflage den Lesern der Zeitschrift umsomehr empfehlen, als gerade der Kommentar von Petersen sich durch die eingehende Berücksichtigung des einschlägigen französischen Civilrechtes vor den übrigen auszeichnet.

Juristische Zeitschrift für Elsass-Lothringen Bd. XIV. Nr. 6.

Die Konkursordnung für das Deutsche Reich etc. ist soeben in zweiter vollständig umgearbeiteter Auflage erschienen, ein Werk zweier Autoren, von welchen sich Reichsgerichtsrat Petersen bereits durch seinen gleichfalls schon in zweiter Auflage erschienenen Kommentar zur Civilprozessordnung rühmlichst bekannt gemacht hat. Die Anordnung des Stoffes ist an der Hand der einzelnen Paragraphen der Konkursordnung klar und übersichtlich und es sind jedem Titel die entsprechenden Vorbemerkungen und allgemeinen Bestimmungen zur Orientierung vorausgeschickt. Alle sich aufwerfenden Bedenken und Streitfragen, an welchen es auch hier nicht fehlt, sind ausgiebig diskutiert, so z. B. sogleich bei dem ersten Paragraphen, wonach das Konkursverfahren das gesamte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners umfasst, die Frage, ob hiezu auch das Recht zähle, ein Schriftstück auf mechanischem Wege zu vervielfältigen (das sogenannte Urheberrecht), was die Verfasser im allgemeinen verneinen, da die vermögensrechtliche Bedeutung dieses Rechtes doch eine nebensächliche und untergeordnete sei und darüber, ob ein solches Werk überhaupt in der vorliegenden Form veröffentlicht werden solle, der Autor selbst zu entscheiden habe. Ebenso wird hier unter anderem die Frage abgehandelt, ob und inwieweit Lebensversicherungssummen sowie Erbschaften und Vermächtnisse etc. in die Konkursmasse fallen. — Die Verfasser haben nicht versäumt, in ihrem Kommentar allerwärts sorgfältig und in umfassendster Weise auf die einschlägige Litteratur hinzuweisen, und es ist somit vorauszusehen, dass dieses Werk, welches überall von der gründlichsten Beherrschung des Stoffes Zeugnis ablegt, sich auch in dieser neuen Auflage weitere Freunde erwerben und sich in juristischen Kreisen immer mehr einbürgern werde.

Frankfurter Journal, 1889 Nr. 726.

Die vorliegende vereinte Arbeit darf als eine erschöpfende Darstellung der durch Rechtswissenschaft und Praxis gewonnenen Ergebnisse bezeichnet werden.

Berliner Gerichtszeitung, 1888 Nr. 85.

Verlag von Moritz Schauenburg in Frankfurt a. M. und Lahr.

Einführung in das französische Civilrecht (Code Napoléon) und das badische Landrecht (sowie in das rheinische Recht überhaupt). Mit einer Beilage: der **Code de la Convention.** Von Dr. Caesar Barazetti, ausserordentlichem Professor an der Universität Heidelberg. Preis 10 *M.*

Civilprozessordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz. Erläutert von Julius Petersen, Reichsgerichtsrat in Leipzig. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. 77 Bogen. 1883. Preis geheftet 22 *M* 50 *ₔ*, in eleg. Halbfranzband 24 *M* 50 *ₔ*.

Die Staatsverträge und Vereinbarungen des Deutschen Reichs und des Grossherzogtums Baden mit ausländischen Staaten zum Zwecke der Rechtshilfe in gerichtlichen Angelegenheiten mit den einschlägigen Vollzugsverordnungen des Reichskanzleramtes etc. (Konsularverträge ausgeschlossen) mit erläuternden Noten bearbeitet von K. Kah, Grossherzogl. Bad. Oberamtsrichter in Heidelberg, Ritter I. Klasse des Ordens vom Zähringer Löwen. Preis 3 *M.*

Strafprozessordnung für das Deutsche Reich. Erläutert von Adolf Keller, Oberlandesgerichtsrat in Kolmar. Zweite vermehrte und verbesserte Auflage. 44 Bogen. 1882. Preis geheftet 13 *M*, in eleg. Halbfranzband 15 *M.*

Gerichtsverfassungsgesetz für das Deutsche Reich. Erläutert von Adolf Keller, Oberlandesgerichtsrat in Kolmar. 19 Bogen. 1878. Preis geheftet 5 *M* 60 *ₔ*, in eleg. Halbfranzband 6 *M* 90 *ₔ*.

In gleichem Format und gleicher Ausstattung sind auch die Textausgaben mit sorgfältig bearbeitetem Sachregister erschienen:

Civilprozessordnung. Preis 1 *M* 50 *ₔ*.

Konkursordnung. Preis 1 *M.*

Strafprozessordnung. Preis 1 *M.*

Gerichtsverfassungsgesetz. Preis 1 *M.*

Dieselben zusammen in einen eleg. Halbfranzband gebunden, Preis 6 *M.*

Das Gesetz über die Rechtsverhältnisse und die Verwaltung der mit Gemeindebürgschaft versehenen Sparkassen vom 9. April 1880. Erläutert von N. Näf, Rechtsanwalt. 3 Bogen. 1880. Preis 1 *M* 20 *ₔ*.

Das Wasserrecht im Grossherzogtum Baden. Bearbeitet von N. Näf, Rechtsanwalt. Neue Ausgabe. 23½ Bogen. 1888. Preis 3 *M.*

Die Sachmiete nach dem Code civil von Dr. Alfred Seng, Amtsrichter a. D. 8 Bogen. 1887. Preis geheftet 3 *M.*

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Petersen, Julius, 1835-1909 / Petersen, Julius / Kleinfeller, Georg,

Konkursordnung für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz und dem Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens für den praktischen Gebrauch

Frankfurt 1890

J.pract. 43 ir
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11634036-5